LE GARANZIE DELLE OBBLIGAZIONI

LE GARANZIE DELLE OBBLIGAZIONI

LEZIONI DI DIRITTO ROMANO

RACCOLTE

DA

MASSIMO COLAMONICO E RAFFAELE ZINGARELLI

NAPOLI

VINCENZO CAVALIERE, Libraio-Editore

R. Università

1897

INTRODUZIONE

La teorica delle garanzie delle obbligazioni è importantissima: specialmente per ciò che riflette le garanzie personali, ed in particolare la figura della *fideiussione*, il sistema romano differisce dal moderno pochissimo: grave è invece la differenza dove è quistione di garanzie reali (*pegno, ipoteca*), perchè il diritto romano manca di un buon sistema di ordinamento del credito, specie di quello garantito sugli stabili.

I due principii fondamentali del sistema moderno, pubblicità e specialità, sono ignoti al sistema romano. Tuttavia ciò non toglie che, anche per lo studio del sistema ipotecario italiano e dell' istituto del pegno nel diritto nostro, possa riuscire utile l' esame delle garanzie reali nel diritto romano. In sostanza, questi principii della pubblicità e della specialità si riferiscono alla tutela dei terzi: invece, nei rapporti fra debitore e creditore, si può affermare che la differenza fra il diritto romano ed il moderno non sia fondamentale.

Certo, esaminando nella storia del diritto romano tutte le varie figure di garanzie, noi riscontriamo delle divergenze fondamentali relative e alle garanzie reali e alle personali. L'istituto della fideiussione appartiene solo agli ultimi tempi della repubblica. Le figure primitive si discostano di gran lunga da quelle del diritto moderno: nella *sponsio*, ad esempio, la differenza ri-

sulta evidentissima, perchè, avendo essa un carattere strettamente personale, gli *sponsores* non trasmettevano l'obbligo della garanzia negli eredi, laddove per il diritto moderno e per lo stesso diritto romano l' obbligo del garante è trasmissibile.

La trattazione della materia sarà distinta in tre parti fondamentali:

1.ª Concetto di garanzia, suo significato.

2.ª Le varie figure di garanzie reali e personali nella storia del diritto.

3.ª Parte sistematica dei varii istituti ammessi nel diritto classico e nel giustinianeo.

Concetto di garanzia

In diritto romano il termine che meglio risponda a questo concetto è *cavere*, da cui *cautio*. Il significato di *cavere* è stato svariatissimo: per comprenderlo bene è mestieri risalire ad un genere di attività propria degli antichi giureconsulti romani. Cicerone, infatti, affermava che questi esplicavano la loro attività in *cavendo*. in *agendo*, in *corrigendo*.

Ma, qual' era il significato speciale di *cavere?* Nell'antico diritto romano i negozii giuridici erano disciplinati dal più stretto formalismo. Dominava sovrano il principio della responsabilità illimitata: ciascuno doveva rispondere delle inesattezze che commise mettendo in essere un fatto, un atto giuridico. E perciò, se una formalità, qualunque fosse, mancava nell'atto, questo era nullo; la responsabilità del contraente era limitata a ciò che nell' atto avea detto e promesso: ciò che non fu contemplato era fuori della considerazione del diritto.

Da questo deriva che era necessario nel negozio giuridico usare ogni cautela per evitare che un diritto il quale è conseguenza dell' atto che una persona conchiude, venisse a mancare solo perchè espressamente non pattuito.

Occorreva, di fronte a questo pericolo, che le parti, nell'addivenire ad un negozio giuridico fossero sussidiate dall'opera del giureconsulto (*cavere ne decipiatur* , *cavere ne capiatur*) il quale in una clausola doveva prevedere le attendibili eventualità: il *cavere* è quindi rivolto ad evitare un danno possibile.

Molte volte avviene che il giureconsulto tutela le ragioni di una parte a danno dell' altra; si riscontra a tal proposito nelle fonti questa espressione: *iuris consultus et dolus malus abesse.* Nella L. 88 § 17 D. de legatis si parla di un cittadino che dichiarava di fare il suo testamento *sine iuris perito*: « Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito , rationem animi mei potius secutus , quam nimiam et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime minusve perite fecero,

pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.... » quindi l'intervento del giureconsulto è spesso causa di frode e di danno.

Quest'attività del giurisperito non era limitata ai consigli verbali, ma si estrinsecava nella redazione dello scritto, il quale, appunto perchè mira a cautelare le parti ed a servire di prova si chiama *cautio*, e, siccome nella *cautio* vi sono disposizioni che mirano tutte a garantire, si parla di *cavere* per disporre.

§ I.

Il senso di garanzia svolto ora è puramente formale: in questo senso il concetto di garanzia entra in qualunque diritto. Jhering, anzi, giunge ad affermare che il diritto è l' interesse garantito dalla legge: l' azione o l'eccezione è garanzia del rapporto giuridico. A tal proposito nella L. 1 § 4 D. de praet. stipul. XLVI. 5. si legge: « Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit, et securior interposita stipulatione ».

« È da sapere che tutte le stipulazioni sono per natura loro *cauzionali*, imperocchè in esse l'interesse delle parti è che altri sia più sicuro per l'interposizione della stipulazione ».

Con l' interposizione della stipulazione si ha un contratto solenne, garantito dalla legge mediante un'*actio stricti iuris*. La garanzia di cui parla il passo è formale, in quanto crea un diritto che non esisteva; ma in questo senso ha un' importanza grandissima. Noi troviamo dei giureconsulti con attitudini speciali a formulare questi contratti: basti citare Aquilio Gallo, il quale, con questa attitudine, riuscì ad ottenere due scopi per lo innanzi impossibili. Infatti, non si poteva rimettere un debito con la forma solenne dell' *acceptilatio*, se il debito non derivava da contratto verbale. Per rendere possibile l' acceptilazione in ordine a tutti i debiti, egli ricorse all'espediente della novazione, riducendo l'obbligazione antica in un' obbligazione verbale.

Un altro ritrovato di Aquilio Gallo è la formula con cui si istituisce il *postumo*, cioè colui che nasce dopo la morte del testatore : il postumo non poteva a rigore essere istituito erede

essendo incerta persona ; allora Aquilio Gallo compilò una formula nella quale, per mezzo di giri, si arrivò alla possibilità di istituzione del postumo.

Persino negli antichi commediografi Plauto e Terenzio, si accenna a queste speciali attitudini dei giurisperiti. E non andava oltre la scienza giuridica: a questa scuola si diede il nome di *giurisprudenza cautelare*, poichè le cautele costituivano lo scopo principale dell'attività dell' uomo di legge.

§ II.

Ed ora veniamo al significato sostanziale della parola garanzia. Comunemente, quando si parla di garanzia, si allude ad un diritto attribuito ad una persona, perchè questa possa procurare l' esecuzione di un' obbligazione. Talchè, la garanzia si presenta, in questo concetto comune, come qualcosa di sussidiario e di eventuale : eventuale, perchè non è punto sicuro che questo diritto di garanzia avrà la sua estrinsecazione; sussidiario, perchè viene in seconda linea quando manchi la condizione che rende eventuale la garanzia.

Tutto questo trova la conferma in un concetto più largo di garanzia: occorre, a tal uopo, paragonare il concetto di credito nel suo significato più ampio con quello di garanzia. Per credito s' intende una prestazione differita per volontà del creditore, in base alla fiducia personale che ispira il debitore : le qualità personali del debitore, il suo patrimonio, potranno consigliare il creditore a far credito, in quanto vi è certezza che la prestazione sarà adempiuta in qualunque modo.

Questa fiducia può essere maggiore o minore, a seconda dei casi : ad esempio, quando il creditore trasferisce la proprietà della cosa nel debitore con l'obbligo di restituirla, verificandosi un dato avvenimento, allora si ha il concetto più semplice del credito, e l'azione, che in caso d' inadempimento spetta, è puramente personale. Suppongasi che non si tratti di trasferire la proprietà, ma l'uso o la custodia della cosa (*comodato*, *deposito*): nel comodato colui che trasferisce la detenzione di una

cosa nel debitore non ha soltanto un'azione personale, ma anche un'azione reale, per la sua qualità di proprietario ; e però , la fiducia personale è minima ma non manca, perchè il debitore, se da una parte usa della cosa gratuitamente, ha pur l' obbligo di custodirla. E nel deposito siamo nelle identiche condizioni; anzi, l' elemento della fiducia personale , se da un canto è più forte, dall'altro è più attenuato perchè non più , come nel comodato , il debitore ha diritto di servirsi della cosa , ma deve solo custodirla; quindi la sua ingerenza sulla cosa è ancora più limitata. In tutti questi casi vi è sempre la certezza di una prestazione futura; non vi è eventualità, nè sussidiarietà, come nella garanzia.

Suppongasi, invece, il caso di uno che non abbia fiducia nella persona, ma sia costretto per necessità di cose a differire la prestazione e a ritenere che questa abbia effettivamente tutte le qualità corrispondenti alla obbligazione: suppongasi ad esempio, una compra-vendita di animali. La prestazione è attuata in quanto il venditore consegna la cosa al compratore; ma non si può sapere se essa abbia tutti i requisiti per soddisfare le aspettative del compratore: possono esservi vizi occulti che rendano la prestazione non corrispondente all'obbligazione.

Un' altra ipotesi : il venditore trasferisce il possesso della cosa nel compratore; intanto un terzo interviene, per evincere la cosa; nell'un caso e nell'altro sonvi dei fatti eventuali, di cui deve rispondere il venditore. Qui non si ha la certezza di una prestazione futura, nè vi è l'elemento della fiducia, perchè attualmente non si sa se la prestazione corrisponda al contratto, nè se il venditore sia proprietario : ci troviamo , in altri termini, di fronte a prestazioni che hanno carattere di eventualità e sussidiarietà (1).

---

(1) Comunemente si parla di garanzia per vizi occulti della cosa; e di garanzia per evizione. In rapporto a quest' ultima è da notare una differenza fra il diritto romano e il diritto moderno. Pel diritto romano il difetto è eventuale, avuto riguardo al carattere della *emtio venditio* romana, che non impone al venditore l' obbligo di trasferire la proprietà,

§ III.

Un termine tutto particolare per esprimere il concetto di garanzia, si trova presso i Romani, specie nella nota definizione che Paolo dà delle obbligazioni, la quale caratterizza in modo completo il diverso contenuto delle obbligazioni medesime: « *Obligationum substantia non in eo consitit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat*, *sed ut alium nobis obstringat, ad* **dandum** *aliquid, vel* **faciendum**, *vel* **praestandum** » (1).

Il *dare* indica trasferimento di proprietà o di altro diritto reale, il *facere* accenna ad un fatto del debitore; sul significato del *praestare* si è disputato fra gli antichi. Alcuni dicevano che con questa parola si volesse accennare alle obbligazioni *praetoriae* e *in factum conceptae*. Fra i moderni il Serafini crede che si rifesisca alle obbligazioni *ex delicto;* la gran maggioranza però riconosce nel *praestare* la garanzia, non nel senso specifico di garanzia di obbligazioni, ma nel senso generale di responsabilità per un avvenimento futuro ed incerto, in tutti quei casi, cioè in cui vi è eventualità e sussidiarietà. Ad esempio, nelle fonti si parla di *culpae, custodiae praestatio* etc., per significare che nell'esecuzione dell'obbligazione il debitore, nella misura determinata, dovrà adoperare una certa diligenza: in prima linea le parti suppongono che sia adoperata quella diligenza, stabilita dal contratto, assumendo particolare responsabilità, per le conseguenze, nel caso che essa venga mancare.

---

ma soltanto di far sicurtà *ut emptor rem habere liceat*, *evictionem praestare*. Il compratore, anche quando venga a scoprire che il venditore non è proprietario, se non è molestato, non ha diritto di agire in garantia, tranne che per dolo. Solo quando vi sia un terzo che evinca la cosa, può darsi luogo all'azione in garanzia.

Per diritto moderno invece il difetto è presente e il compratore può sempre aver diritto ad agire in garantia.

(1) L. 5 D. de oblig. et action. XLIV. 7.

§ IV.

Importantissime, tenuto conto del concetto di garanzia ora accennato, si presentano alcune serie di stipulazioni, che vanno sotto il nome di *stipulationes praetoriae*.

I. Cominciamo dalla più antica: nella *rei vindicatio*, quale si aveva nella prima forma processuale, cioè quella delle *legis actiones*, e propriamente nella *legis actio sacramento in rem*, le parti si presentavano con eguale condizione giuridica; ambedue erano tenute all'onere della prova. Ora, se il procedimento si fosse dovuto chiudere, non vi sarebbe stata ragione di garanzia per gli avvenimenti futuri; con l'apertura del secondo stadio *in iudicio*, colui che possedeva interinalmente la cosa doveva restituirla con i frutti e gli accessorii. D' altra parte bisognava provvedere per ottenere la restituzione della cosa: il pretore, quando aveva stabilito chi ne dovesse essere il possessore, gl' imponeva anche l' obbligo della cauzione. Vi è controversia fra gli scrittori quanto ai criterii che seguisse il pretore. Secondo alcuni, il pretore avrebbe avuto facoltà di accordare il possesso ad una qualunque delle parti, indifferentemente; altri invece ritengono che vi fosse stato un dibattito speciale, preparatorio, nel quale ciascuna delle parti adduceva i proprii argomenti. L'autorità di Gaio invece ci consiglia a credere che il pretore se non era vincolato in modo assoluto, dovea tener conto delle circostanze di fatto. (1)

Dunque la cauzione era data per la restituzione della cosa e dei frutti, *cautio pro praede litis et vindiciarum*: con la parola *litis* si accenna all'oggetto della lite. con quella *vindiciarum* ai frutti, al godimento che aveva l' immesso nel possesso, durante il giudizio. Ora questa stipulazione è precisamente di

(1) E utile accennare all' importanza che questa *datio vindiciarum* ha nella teoria del possesso: e qui che il pretore decide del possesso, onde non è improbabile in che essa sia la prima origine della tutela possessoria.

garanzia, la quale è anche qui accompagnata dai due caratteri, dell'eventualità e della sussidiarietà.

II. Altra *cautio* era quella *de persequendo et restituendo servorum*, allorquando altri si trovava in possesso di uno schiavo, ed era convenuto in giudizio con la *rei vindicatio* dal vero proprietario. Il possessore dello schiavo, doveva risponderne anche se *dolo malo possidere desiit*; l'azione contro di lui cessava solo quando egli avesse perduto il possesso senza colpa o dolo. Questo poteva dare origine a gravi danni per l' attore; onde il pretore prima di assolvere imponeva al convenuto di dare una cauzione, la quale mirava alla ricerca ed alla restituzione dello schiavo.

E così all'azione di revindica era sostituita un'azione personale, in forza della quale il convenuto, in mancanza di restituzione, era tenuto al risarcimento dei danni.

III. In questa e nelle altre figure di stipulazioni pretorie (*cautio de damno infecto, etc.*) si trova sempre questo carattere eventuale e sussidiario.

La differenza adunque fra il concetto di credito e quello di garanzia è in questo, che nel credito l' obbligazione è relativa ad una prestazione certa ma futura e dipendente dalla volontà del creditore; nella garanzia invece, la prestazione è presente ovvero, se futura, non è differita per volontà del creditore, sibbene eventuale e sussidiaria.

§ V.

Esaminato questo concetto largo della garanzia, non sarà inutile accennare al *contratto di garanzia.* Non si tratta di resposabilità per obbligazione propria o altrui, ma del pericolo che altri assume per un fatto o per una omissione, che si può attribuire ad una persona non giuridicamente obbligata (1).

(1) Suppongasi un comitato che cumula lavori per l' apertura di un'esposizione e che si rivolga ad un direttore di compagnie drammatiche perchè dia un dato numero di spettacoli nel recinto dell'esposizione con garanzia di un reddito minimo. In tal caso si assicura il rischio dell' impresa altrui.

Tale contratto ha una speciale importanza, e trova applicazione sovente nel campo del diritto pubblico amministrativo. Il Governo frequentemente, oggi, nell'accordare concessione di ferrovie, assumendo il rischio dell'impresa, ne garantisce il reddito.

In buona sostanza, questo contratto di garanzia si presenta con carattere assolutamente proprio, in quanto l'assunzione del rischio è indipendente dall'obbligo di qualunque altra persona; nè è a confondersi con taluni contratti accessorii, nei quali il rischio è corrispettivo della prestazione che effettua l'altra parte.

§ VI.

Resta così la garanzia nella sua figura vera e propria, garanzia, cioè, per l'esecuzione di una obbligazione.

Essa può essere *reale* e *personale*: *personale*, quando per assicurare un'obbligazione interviene l'obbligo personale di un terzo; *reale*, quando per assicurare l'esecuzione di un'obbligazione di una determinata persona si dà una cosa, che può appartenere o all'obbligato o ad un terzo, e con la quale il creditore acquista il diritto di essere soddisfatto in caso di inadempimento dell'obbligazione.

Le varie figure di garanzia nella storia del diritto

Per intendere bene le forme di garanzia del diritto classico e giustinianeo, e per poterci rendere ragione di certi istituti del diritto privato, occorre non solo risalire alle forme più antiche di garanzia, ma uscire dall'orbita del diritto privato, per esaminare alcune figure di garanzia del diritto pubblico: questo studio ci servirà a combattere certe opinioni comunemente ammesse, relativamente all'origine delle figure di garanzia e specialmente dell'*ipoteca*, che la maggior parte degli scrittori fa risalire al diritto greco.

I. Garanzie personali

La cautio praedibus praediisque

§ I.

Importantissima è la *cautio praedibus praediisque* intorno alla quale discutono gli storici moderni del diritto: la cognizione semplicemente frammentaria che si ha dell'istituto, ha dato luogo a dispute vivissime, e sulla essenza, e sulle conseguenze giuridiche di esso.

È mestieri fissare alcuni punti per l'esame delle più importanti quistioni.

Praedes, il cui singolare è *praes*, registrato spesso nelle fonti non giuridiche, specialmente nelle iscrizioni, ha un significato contestato fra gli antichi. Varrone traeva l'origine di questa parola da *praestare*, garantirsi a favore dello Stato per obbligazioni contratte con lo Stato medesimo.

Da un'ortografia della parola in una *lex agraria*, che ha *praevides*, il Mommsen è di opinione che il *praes* sia una contrazione di *praevides*; ma, a favore del *praestare* di Varrone, sta una iscrizione frammentaria della *legge municipale tarantina* scoperta dai professori De Petra e Scialoia: in essa si trova

praes stat.

Ma, è certo che in queste formule così caratteristiche di

praedes e *praedia* si trovano racchiusi i due elementi delle *garanzie personali e reali*; personali, per l' obbligo personale dei *praedes*, reali, perchè di fronte a quest'obbligo personale, ne sussiste un altro di carattere reale, per parte dei beni specialmente indicati (*praedia*).

§ II.

Quale dei due elementi è sorto prima? Da alcuni fatti della storia di Roma sembra sorta prima, a questo riguardo, la garanzia personale. Dionigi di Alicarnasso, nel racconto che fa della prima secessione della plebe, parlando della facoltà dei tribuni di convocare i comizii per decidere dei loro interessi, afferma che, quando alcuno lo impedisse, doveva rispondere verso lo stato dando *fideiussori* (ἐγγυητής) E siccome qui non si può parlare di *fideiussione* vera e propria, noi dobbiamo ritenere che si tratti di quella garanzia personale, ammessa nel diritto antico per via di *praedes*.

Troviamo in Livio che i cinque magistrati (*V viri mensarii*) deputati all'amministrazione del pubblico danaro ed alle prestazioni ai privati, avevano la facoltà di far mutui, solo se questi fossero garantiti da *praedes*.

Talchè, si può conchiudere che in tutti questi casi la garanzia è personale, e che la garanzia reale, non essendo attestata da racconti specifici, non doveva esservi, anche pel principio generale, che domina tutto il sistema giuridico romano, della preferenza delle garanzie personali alle reali.

Ma pare che dopo si sia sentito il bisogno di rafforzare la garanzia personale con la garanzia reale sugli stabili: fu d'uopo allora ricorrere ad un istituto di carattere composto, nel quale veniva armonizzata la garanzia personale dei *praedes* con quella reale dei *praedia*.

Come si effettuava questa garanzia? Alcuni, fondandosi su due passi di Festo e di Varrone, sostengono che avesse luogo per contratto solenne verbale, composto di domande e risposte solenni.

Festus (*ex libris de significatu verborum* P. 223) (1) « *Praes est is, qui populo se obligat interrogaturque a magi-* « *stratu si praes sit; ille respondit: praes* ».

Varro, *de lingua latina VI. N. 74* (2). « *Itaque praes qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praestet; a quo et, cum respondet, dicit: praes* ».

§ III.

Diremo noi che il contratto in questione è solenne verbale? Questo è da escludere: è necessario partire da un concetto generale imperante nei rapporti fra diritto pubblico e diritto privato romano, relativamente alla forma degli atti.

Il diritto quiritario romano non ammette manifestazioni di volontà che non procedano con atti, gesti, parole prestabilite; la forma si concreta mediante l'intervento dello Stato, che dà garanzia, e la pubblicità che è data all'atto. Nel diritto pubblico non si parla di *mancipatio*, nè di *in iure cessio,* nè di parole solenni. I magistrati non solo conchiudevano senza alcuna formalità i negozii per conto dello Stato, ma, ogni qualvolta sorgeva una disputa relativa a quelli, erano essi stessi chiamati a giudicare della intenzione dei contraenti ed a procedere, ove ne fosse il caso, all'esecuzione.

Sembra strana questa forma di giudizio in cui uno è parte e giudice ad un tempo. Il buon senso pratico consigliava ai Romani queste forme.

In effetti questo succedeva a Roma dove la giustizia amministrativa si presentava con caratteri tipici di buona fede e di equità: il magistrato interpretava *ex aequo et bono* queste contrattazioni dandole il senso dell' *id quod actum est inter partes*.

Per Roma lo Stato era il complesso di tutti i cittadini, il *populus romanus*: avvenne che quel modo di conchiudere il contratto e di giudicarlo s'impose nel campo privato.

---

(1) Bruns. *Fontes iuris romani.*

(2) Op. cit.

È probabile che i contratti di buona fede abbiano avuto la loro origine nei rapporti amministrativi dello Stato: ammessa una volta questa libertà, si ammise quella larghezza di interpretazione che diè origine ai *iudicia bonae fidei.*

Lo Stato non si serve mai di parole solenni perchè, intervenendo per garentire le forme dei negozii giuridici, quando egli stesso è parte, non occorre questa forma: la presenza del suo magistrato è già indizio di garanzia e di buona fede. Se questo è vero, potremo noi ritenere diversamente per la *cautio praedibus praediisque*? E, se pel principio dell'antico diritto romano la cauzione, senza le formalità richieste era nulla, potremo imaginare che un sistema introdotto a favore dello Stato fosse disciplinato in modo da lasciare lo Stato medesimo senza alcuna garanzia?

Non basta: il debitore dello Stato doveva sempre dare garanzia *pro praede*; ma, quando la garanzia reale venne ad esplicarsi, si ammise che potesse fare da *praes* lo stesso *manceps*: se il fatto stesso di essere debitore lo costituiva *praes*, vuol dire che si trattava di garanzia non solenne: e se, per conchiudere l'obbligo principale non v'era formalità di sorta, non ve ne doveva essere neppure per diventare *praes.*

I passi di Festo e di Varrone non dicono che le parole fossero solenni, ma che fosse piuttosto un uso quello di pronunziarle, essendo i Romani abituati a conchiudere i contratti per via di quelle determinate parole.

§ IV.

Come si procedeva per la garanzia reale? Con una giusta *cautio* data sui *praedia*, lo Stato veniva ad acquistare su di essi un diritto reale di garanzia per il caso di non soddisfacimento. Il principio generale era, che i diritti reali dovevano trasferirsi o con atti solenni o per via di *traditio*; qui invece il *praes* e il *manceps*, dando allo Stato la garanzia sui *praedia*, non si spogliano del loro possesso: sorge per tal modo un diritto reale senza *traditio*, poichè il possesso della cosa resta nel debitore.

L'istituto del diritto posteriore che si accosta a questo è il *pactum hypothecae*, che alcuni vogliono far risalire al diritto greco: il *pactum hypothecae* ha la sua origine nelle figure del diritto antico.

Si dicevano *praedia subsignata* i fondi soggetti a questo diritto reale, appunto perchè essi erano quei determinati *praedia* vincolati davanti al magistrato; la *subsignatio* non era una formalità essenziale come neppure la *interrogatio* e la *responsio*, ma una consuetudine amministrativa. Dalla legge agraria, dalla legge tarantina, e da altre, si ricava che il magistrato dovea riferire quali fossero i *praedia* dati in garanzia; ma questa era una disposizione di amministrazione interna. Non era detto che non potesse sorgere il diritto reale senza la *subsignatio*: solo l'uso costante amministrativo potè fare che di questo vincolo si tenesse conto.

Quindi noi possiamo conchiudere che nè per i *praedes* ne' per i *praedia*, vi era formalità di atto costitutivo.

§ V.

Come si pratica la garanzia? Il magistrato (*pretore, censore o questore*) conchiuso un contratto con un appaltatore, gli faceva dar garanzia. « *Arb*[*itratu*] *pr*[*aetoris*], *satis subsignato* » (1) dicono le parti: ciò vuol dire che il fissare i *psaedia* era rimesso all'arbitrio del magistrato, il quale esaminava la solvibilità del debitore e il valore dei *praedia* in rapporto all'obbligazione, e dietro l'avviso di persone tecniche, che nella *lex Malacitana* si trovano menzionate col nome di *cognitores*. Questi periti, aggiunti al magistrato per determinare il valore degli stabili, rispondevano per l'erroneità del giudizio loro, derivante da dolo o da colpa.

Il *praes* era obbligato personalmente: ma qual rapporto esisteva tra l'obbligo del *praes* e quello del *manceps?* Il principio che solo in *subsidium* si debba ricorrere al garante non è del diritto antico. Vi sono quistioni gravi a questo proposito. L' o-

(1) Lex agraria, linea 73.

pinione del Mommsen il quale sostiene che, con l' intervento del *praes*, l'obbligo del *manceps* passi in seconda linea, non è sostenuta con molta coerenza in tutte le sue parti. Non vi sono elementi sicuri per decidere della controversia; è probabile che il giudice potesse rivolgersi all'uno e all'altro.

Alcuni, appoggiandosi ad un passo della *lex agraria*, dicono che il *praes* il quale ha prestato garanzia per un obbligo verso lo Stato, non possa obbligarsi in qualità di *praes* o di *manceps* verso lo Stato medesimo: onde questo avrebbe un diritto reale su tutto il patrimonio del *praes*.

Ma questa opinione non pare che abbia molto fondamento: certo il magistrato si rifiuterà di accettare per *praes* chi in qualità di *praes* o di *manceps* avrà verso lo Stato un obbligo gravoso, tenuto conto del suo patrimonio; ma questa è una misura di carattere amministrativo. Il *praes* è senza dubbio tenuto personalmente, come lo è in genere l'obbligato.

Ma noi troviamo nelle leggi delle espressioni che accennano ad un procedimento più rigoroso di quello della legge delle XII *tavole:* si parla di *venditio praedum praediorumque;* siccome lo Stato non era vincolato a tutte le forme del procedimento, avrebbe potuto vendere i *praedes* e i *praedia*: nella *lex Malacitana* (1) si parla di due forme di procedimenti:

1.ª *lege praediatoria*: quando il *manceps* o il *praes* si rendevano inadempienti, lo Stato metteva in appalto l'obbligo primitivo, e, invece di pagare una somma al nuovo *manceps*, gli faceva cessione di ogni suo dritto ed azione sul *praes* e sui *praedia.* Ed è questa un'altra figura eccezionale del diritto amministrativo romano: il nuovo *manceps* poteva rivolgersi contro l'antico, ma, contro lo Stato, mai.

L'amministrazione non era libera nella concessione, ma doveva preferire il primitivo *manceps* ed il primitivo *praes*, appunto per cercare di salvare la posizione di queste persone.

2.ª *in vacuum*: se il primo appalto andava deserto, si ricor-

(1) Bruns. Op. cit. Lex municipalis Malacitana, LXIV de obligatione praedum praediorumque cognitorumque.

reva a questa seconda forma: è facile che lo Stato vendesse il *praes* e i *praedia*, ed in tal modo cercasse di soddisfarsi.

§ VI.

Questi i punti più importanti relativi alla *cautio praedibus praedisque*.

Resta ora ad esaminare una quistione: come si spiega che mentre la figura tipica del *praes* è quella di garante verso lo Stato, noi lo troviamo anche nella *legis actio sacramenti*, proprio nella *cautio pro praede litis et vindiciarum*, la quale ha luogo per debiti privati?

Vi è un'opinione la quale ritiene che questa *cautio* sia data non direttamente per la restituzione della cosa e dei frutti, ma per il pagamento del *sacramentum iustum* a cui era condannato il perdente nel giudizio (*an iustum sit sacramentum*).

Ma questa opinione, che è quella del Mommsen, non si può accettare. Gaio nel parlare di questa *cautio*, dice che essa si dava alla controparte per i diritti che le potevano spettare.

Secondo un'altra opinione si diventa *praes* sempre che vi sia stato l'intervento del magistrato: ma anche quest'opinione è da rigettare, perchè garanzia di tal genere non poteva esservi se non per debiti contro lo Stato. Bisogna invece tener conto della forma di questa cauzione: nei tempi antichi la cauzione si dava per via di *praedes;* posteriormente, per garantire gl' interessi dello Stato, si ebbe una *cautio*, la quale, se, non era lo stesso della prima, era completamente modellata su di essa.

Il vadimonium

§ I.

La figura di garanzia, finora esaminata, appartiene esclusivamente al diritto pubblico: ma vi erano garanzie personali anche nel campo dell'antico diritto privato? E difficile dare subito una risposta, perchè le prime nozioni di garanzia di diritto privato si trovano soltanto in Gaio, in ordine agli *sponsores* ed ai *fidejussores*.

Tuttavia, molti fra i moderni, fondandosi sopra antichi scrittori non giuridici, credono di poter sostenere, che anche nel diritto più antico, cioè in quello delle *XII tavole*, vi fossero figure di garanzie personali.

Fra queste, è notevole il *vadimonium*, onde i *vades* che troviamo nella procedura posteriore, come veri garanti in ordine alle obbligazioni processuali; ed il testo che comincia a persuadere i sostenitori di questa opinione, è un passo di Aulo Gellio, in ordine alla prima delle *XII tavole*: « cum proletarii et assidui et sanates et *vades* et *subvades* et XXV asses et taliones — evanuerint, omnisque illa XII tabularum antiquitas — lege *Aebutia* lata composita sit. (1) » Questo passo di Gellio vorrebbe dimostrare l' antichità di tutti questi istituti, che posteriormente la *lex Aebutia* tolse di mezzo.

In primo luogo, si deve notare che la legge *Aebutia* è meramente processuale: con essa fu sostituito in parte alle *legis actiones* il procedimento per *formulas*, che già si veniva svolgendo in un certo campo della procedura; il che ci consiglia a credere che questo istituto si riferisse non già al diritto civile, ma alla procedura. Nondimeno l' affermazione di Aulo Gellio non ci assicura che il *vadimonium* si riferisse alla procedura soltanto, perchè egli parla anche di istituzioni che nulla hanno che vedere con la procedura: resta ad ogni modo qualche dubbio.

L'altro passo, a conferma della stessa opinione, è quello di Varrone *de lingua latina* VI. 74: « Consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus ut pro se alium daret; a quo caveri postea lege coeptum est ab his, qui praedia venderent, vadem ne darent; ab eo adscribi coeptum in lege mancipiorum: Vadem ne poscerent, nec dabitur » (2)

Di fronte a questa consuetudine, se ne formò un' altra, la cui mercè si potette vietare, con l'inserzione di speciale clausola, di chiedere e di dare un garante, *vadem ne poscerent, nec dabitur*. Qui non si tratta d'istituti di carattere processua-

---

(1) V. fr. 10 Tab I in Bruns op. cit.

(2) Ved. Bruns op. cit.

le; quindi il passo di Varrone rende molto probabile l' uso di questa specie di garanzia nelle forme solenni dei contratti.

§ II.

Quale il carattere di questa forma di garanzia?

Mentre questi passi ci lasciano ritenére che anche per le obbligazioni extra processuali vi fosse il *vadimonium*, non ci dicono in che esso consista. Per accertarne l'essenza, gli scrittori affermano che bisogna tener presente il *vadimonium* del diritto posteriore; poichè se il nome è identico, se ambedue si considerano come una stessa figura, vuol dire che identica deve esserne l'essenza.

Nel *vadimonium* il garante non si obbliga alla stessa prestazione, cui è tenuto l'obbligato principale, ma si obbliga a pagare una certa penalità, qualora il debitore non adempia all'obbligazione. Nell' antica procedura non avveniva diversamente: se la causa non poteva definirsi nella giornata, ed era rinviata ad altra udienza, per evitare che il convenuto non si presentasse, lo si costringeva a dare un garante, che rispondesse nella sua contumacia. E' inutile dire quale fosse l' obbligo del *vas*: se l'azione era di giudicato, o in essa si ripeteva quello che era stato pagato, il garante era obbligato a pagare la stessa somma cui era tenuto il convenuto; se invece si trattava di domanda di altro genere, allora l' obbligazione del *vas* si concretava nel pagamento della metà della somma, qual'era stimata dall'attore con giuramento, la quale non poteva oltrepassare i 50,000 sesterzi. Qui abbiamo un terzo che si rende garante per l' esecuzione di un'obbligazione: vi è in tal caso una vera figura di garanzia.

Un moderno scrittore, il Sohm, dice che questa garanzia non si può considerare come una fideiussione, perchè il fideiussore è obbligato alla stessa guisa del debitore principale. Ma se questo fosse vero, nelle obbligazioni *ad faciendum* il fideiussore, non potendo porre in essere il fatto del debitore principale, non avrebbe la qualità di fideiussore: invece egli è sempre obbligato all'*id*

quod interest. Lo stesso è nel *vadimonium*: la garanzia vi è sempre senza esservi quella forma speciale, che si ha nella fideiussione, ed anche qui il Voigt riconosce i due elementi della eventualità e della sussidiarietà; eventualità in quanto non è certo che il *vas* sarà obbligato, sussidiarietà, in quanto si aspetta che venga meno l'obbligato principale, perchè possa sostituirsi il garante. D'altro canto l'istessa nozione del *vadimonium* in procedura dimostra come sia possibile, se non una identità perfetta, un'uguaglianza nei rapporti patrimoniali: e questo dimostra ancora come l'obbiezione del Sohm non abbia fondamento.

§ III.

Il vas può non essere solo; anzi troviamo che si parla di più *vades;* ma perchè Festo, il quale ci parla di *compraedes* (*compraedes eiusdem rei populo sponsores*), non accenna affatto ai *convades?* La ragione è la seguente: la caratteristica dei *compraedes* è questa che l'obbligo verso lo Stato ha un carattere di perfetta solidarietà, in forza della quale lo Stato può rivolgersi contro qualunque dei coobligati: lo stesso si ha per i *consponsores*, quantunque il principio più tardi abbia subito, per gli uni e per gli altri, qualche temperamento. Trattandosi di più *vades* invece, ciascuno risponde per quella determinata somma di danaro, senza che fra essi vi sia quel vincolo di comunione che esiste fra i *consponsores* e i *compraedes*.

Un esempio vien dato dalla storia nel processo di Cheso Quinzio. L'accusato avea dato garanti per la sua comparizione in giudizio i quali si obbligarono al pagamento di 3000 sesterzi, e, poichè non comparve, i *vades* furono condannati al pagamento della somma promessa. Qui, se vi fosse stata solidarietà, una sarebbe stata l'obbligazione, una la prestazione, per modo che, ricevuta la somma da uno dei garanti, non si sarebbe potuto agire contro un altro di loro; invece la somma di danaro, di cui era creditore lo Stato, dovevano pagarla i *vades*, ognuno per la propria parte.

Tanto nel caso dei *praedes*, quanto dei *vades* e degli *sponsores*, vi è normalmente una pluralità di garanti; e ciò non deve attribuirsi a diffidenza verso una sola persona, ma ad un uso primitivo, che sta in relazione con l'organismo dell'antica costituzione gentilizia. Roma era una riunione di *gentes:* la *gens* è il nucleo dell' antica costituzione romana, il residuo dell' antico Stato, trapiantato nella *civitas*. Ora, era costume che uno dei gentili dovesse sempre essere garante degli altri, e quest'uso si è mantenuto anche posteriormente, come vestigio dell' antico carattere.

E non basta; anche un'altra ragione spiegava questa pluralità di garanti; e la ragione deve trovarsi nei rapporti fra patrono e cliente. Dovere morale del patrono era quello di garantire i clienti, ed a loro volta simile dovere aveano i clienti, che entravano a far parte della *gens*.

Valga l' esempio classico di Camillo il quale, accusato di malversazioni da lui commesse nella presa di Veio, fu garantito dai suoi clienti che, come plebei, dovevano far parte dell' assemblea giudicante.

Abbiamo dunque più responsabili per un obbligo altrui.

Carattere vero dell' obbligo del *vas* è questo, che egli promette il fatto altrui, a differenza del fideiussore, che promette il fatto proprio, quello cioè di pagare in caso di inadempimento del suo garantito; il *vas*, in altri termini, non as-

---

Nota di C e Z. Nella prima dispensa sono incorsi i seguenti errori che correggiamo.

Pag.	Ver.	Errori	Correzioni
7	6	*corrigendo*	*respondendo*
«	9	responsabilità	responsabilità personale
«	27-28	*abesse*	*abesto*
11	8 nota	L. 5	L 3
12	1 nota	E	È
«	2 «	e	è
«	3 «	in che essa	che in essa
13	4	*servorum*	*servum*

sume un' obbligazione accessoria, ma un'obbligazione principale: quella di procurare un fatto altrui; per questo riguardo, si può dire che vi è differenza fra il *vas* ed il *fideiussore*.

§ IV.

Il *vadimonium* era conchiuso in modo solenne: esso appartiene ad un periodo della storia del diritto, in cui domina sovrano il formalismo; e, se è vero che i *praedes* si obbligavano senza formalità alcuna, ciò avviene per l'indole del diritto pubblico romano. Questo riflesso di carattere generale è suffragato anche da riflessi di carattere particolare. In un passo di Cicerone (Ad Quintum fratrem II. 13 [15 A] 3) si trova scritto: « Negat enim quemquam fuisse qui vadimonium *concipere* posset.»

Il *concipere* è il termine tecnico, che indica appunto l'attività del giurisperito rivolta alla compilazione delle formole solenni.

Tanto è vero, che anche Gaio, parlando della *Lex Aebutia* dice: « effectum est ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus. »

Il Lenel nel suo « Editto perpetuo » dimostra come nel *vadimonium* vi fosse una clausola apposita, detta del *concipere vadimonium*: ciò attesta che esso si conchiudeva con formole solenni: ed a prova cita un passo, in cui, per mettere in derisione questa formula del *concipere vadimonium*, si dice *vadimonia garrula*, perchè chi ignorava il peso delle singole parole, le trovava inutili. Ciò dimostra che ci troviamo di fronte a formole prestabilite, in cui si esercitava quell' attività del giurista in *cavendo*.

§ V.

I termini che troviamo nelle fonti sono diversi, secondo le persone: così del fatto del debitore che dà garanzia si dice *vadis datio*: dell'obbligazione personale del *vas* si dice *promittit vadimonium*: della persona a cui favore si dà garanzia di-

cosi *vadatus*, dal verbo *vadari*, frase adoperata anche da scrittori non giuridici, come Orazio, ad esempio, nella nota satira dell'*importuno*.

Oltre di questo non vi ha nulla di certo; e tutte le creazioni de' giuristi recenti, relative all' istituto del *vadimonium*, sono assolutamente fantastiche. Il Voigt, fra questi, attribuisce al *vadimonium* del diritto antico, regole di altre figure del diritto classico.

Il vindex

Un'altra figura di garanzia è quella del *vindex*, il quale interveniva sempre che il debitore non potesse pagare, e prometteva di pagare qualche penalità, nel caso che il debitore non dimostrasse il suo diritto.

Ordinariamente, quando si agiva con la *manus iniectio*, per condurre il debitore nel domicilio del creditore, il debitore non poteva impedirlo, non poteva *manum sibi depellere*, senza presentare un *vindex*, che ne assumesse la responsabilità: il *vindex* interveniva (*adsertor libertatis*) ancora nel procedimento relativo alla dichiarazione di libertà.

Gli adpromissores

§ I.

Assai più importanti delle figure dei *vades* e del *vindex* sono quelle degli *adpromissores*, di cui ci parla Gaio.

Gli *adpromissores* sono l'antitesi degli *adstipulatores*. *Adstipulator* è colui che si aggiunge, come nuovo creditore, all'obbligazione già esistente, stipulando la stessa cosa; e, la ragione per cui si addiviene a questa *adstipulatio*, ci vien riferita anche da Gaio. Molte volte colui che stipulava a favore suo il pagamento di un debito, prevedeva di non potersi trovare all'epoca della scadenza; allora il creditore faceva stipulare l' istessa cosa da un *adstipulator*, il quale aveva cosi le stesse

funzioni di un mandatario comune, poteva agire pel creditore, fare novazione, rimessione, ed era inoltre tenuto a render conto di quanto aveva fatto. E, vi era anche un altra ragione, secondo Gaio: era principio che nessuno potesse stipulare a suo favore una prestazione, da effettuarsi *post mortem creditoris*: si diceva che non si poteva ammettere che l'obbligazione cominciasse a favore degli eredi. E però, con l' aggiunzione di un *adstipulator*, si faceva in modo che questi potesse esigere la prestazione, consegnando la cosa agli eredi del creditore stesso, ed assumendo, per tal modo, carattere di fiduciario del creditore.

Ora gli *adpromissores* sono l'antitesi, come si è detto, degli *adstipulatores*: nuovi debitori, cioè, che si aggiungono al debitore principale, e fanno sorgere nuove *promissiones*.

Gaio appunto (III. § 115) dice: « Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus. » Dunque è possibile che a colui che ha fatto una promessa verbale solenne, si aggiungano altre persone, quali gli *sponsores*, i *fidepromissores*, i *fideiussores:* tre figure importantissime per il loro carattere speciale.

§ II.

Gaio, III. § 117: « Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus ut diligentius nobis cautum sit. Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: quia enim ita nobis dari stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur ».

Lo scopo per cui si solevano aggiungere all'obbligazione principale queste nuove persone, da parte del debitore, era precisamente per rendere più sicuro l'adempimento dell'obbligazione.

Gli *adpromissores* poi erano di varie specie cioè: *sponsores, fidepromissores, fideiussores*: le formole sono diverse: Gaio lib. cit. § 116 « Sponsor ita interrogatur: *Idem dari spondes?*

fidepromissor: *Idem fidepromittis?* fideiussor ita: *Idem fide tua esse iubes?* »

La *sponsio* è la figura più antica e più recisamente riservata ai Romani: si conchiudeva con determinate parole solenni.

Anche ai tempi di Gaio si disputava se essa potesse essere fatta in lingua diversa dalla latina; e Gaio era d'avviso che potesse farsi in greco, ove le parti intendessero qnesta lingua, ma che era molto disputato per le altre lingue.

La *sponsio*, pel suo carattere civile è riservata ai cittadini romani: la *fidepromissio* fu introdotta nell'interesse dei peregrini; la *fideiussio*, venne dopo, e poteva esser conchiusa dai Romani e dai peregrini.

Per intendere bene la portata di queste diverse figure di *adpromissiones*, occorre risalire alla figura primitiva della *sponsio*.

Essa è uno degli istituti più disputati nella storia del diritto romano: vi sono quelli che attribuiscono alla *sponsio* un carattere eminentemente sacro, affermando che questo istituto per lo innanzi aveva efficacia solo di fronte al diritto sacro, e che vi fosse anche all'epoca delle *XII tavole*.

Veramente le *XII tavole* non parlano nè della *sponsio*, nè degli *sponsores*: ma non è questa una ragione per affermare che l'istituto in questione non esistesse a quel tempo. Noi abbiamo della legge delle *XII tavole* una tradizione frammentaria. È invece per altre ragioni che la *sponsio* non poteva esistere a quel tempo, specie perchè allora non vi era nella procedura il mezzo per farla valere. La *sponsio* è connessa all'antico *sacramentum*: finchè dura quest'*actio sacramenti* nella sua forma primitiva, non è possibile dare alla *sponsio* carattere civile. Questi scrittori affermano che solo posteriormente fu attribuita efficacia civile a questo istituto del diritto sacro: essi fanno derivare *sponsio a spendendo*. Festo (de sig. verb. p. 62) (1) usa le espressioni *consponsor*, *coniurator*.

(1) *Bruns* op. cit.

Le opinioni sono molte e svariate: è mestieri ritenere quella rispondente alla più probabile origine storica dell' istituto, così com'è disciplinato nelle istituzioni di Gaio.

Talchè, lasciando da parte le quistioni sull'epoca della efficacia civile della *sponsio*, noi dobbiamo riconoscere che il carattere sacro vi è. Derivano da ciò conseguenze importanti per certe questioni pratiche.

Appunto questo carattere sacro spiega la possibilità di conchiudere una *sponsio* per i soli Romani, poichè essi soli erano ammessi ai *sacra publica*.

La *fidepromissio* invece fa astrazione da ogni elemento quiritario e sacro: nell'altro vi è in essa che la promessa di una determinata persona di voler dare esecuzione alla obbligazione di un terzo.

Nella *fideiussio* vi è qualche cosa di più che nella *fidepromissio* e di meno che nella *sponsio*: nella *fideiussio* è un'applicazione particolare del concetto romano del **iussum**, (*dichiarazione di volere che un determinato atto abbia luogo sotto la garanzia di colui che* **iubet**). Così, quando lo schiavo accetta l'eredità *iussu domini*, si ha da parte del *dominus* una dichiarazione di responsabilità per i debiti ereditarii. E così pure, lo *idem fide tua esse iubes* significa: *disponi che il debito del tale sia sotto la tua responsabilità*.

§ III.

Conviene tener presenti queste tre figure, perchè non è raro che scrittori, i quali pretendono di intrudere questi concetti romani nel diritto civile, espongano principii inesatti al riguardo. Vero è che noi ci troviamo di fronte a tre figure di garanzia, le quali appartengono a diversi periodi storici e compiono funzioni diverse.

In genere, si può dire che la *sponsio* e la *fidepromissio* sono identicamente disciplinate. Non così la *fideiussio*; questa solo in alcune parti si accosta alle altre due. Riguardo a queste differenze bisogna andare cauti, nel giudicare della termino-

logia del *Corpus iuris*, che ha subito delle interpolazioni: quello che prima si riferiva agli *sponsores* ed ai *fidepromissores* è stato in esso non sempre felicemente sostituito dall' istituto della *fideiussio*; d' altra parte nel diritto posteriore si dice *spondere* per le obbligazioni contratte per via di parole solenni.

Esaminiamo la differenza che passa tra le varie figure: la più importante ci viene indicata da Gaio (III, 120) « Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure civitas eius utetur: fideiussoris autem etiam heres tenetur. »

L' obbligo dello *sponsor* e del *fidepromissor* adunque non è trasmissibile, diversamente da quello del *fideiussor*; e questo viene accertato da altri passi delle fonti.

L. 4 § I. D. *de fideiuss. et mandat.* XLVI. 1 « Fideiussor et ipse obligatur et suum heredem obligatum relinquit, cum rei locum obtineat. »

Ma qual' è la ragione per cui, nella *sponsio* e nella *fidei-promissio*, quest'obbligo non è trasmissibile, e nella *fideiussio* si?

Le opinioni a questo proposito sono molte: alcuni dicono che la *sponsio* non vincola i beni ma la sola persona; all' opposto il fideiussore, assumendo garanzia per un atto determinato, vincola il suo patrimonio. Ma questa distinzione non spiega la differenza: anzi, resta sempre a domandare: perchè gli *sponsores* e i *fidepromissores* danno garanzia solo mediante la loro persona, diversamente dai *fideiussores* che vincolano con la loro promessa anche i beni?

Altri dicono che nella *sponsio* non vi è causa determinata per cui si possa essere tenuti: il patrimonio dello *sponsor* non è gravato, perchè lo *sponsor* risponde per una causa appartenente ad altri; onde scomparsa la persona, scompare l' obbligo.

Altri ancora sono di opinione che si debbano esaminare le disposizioni, in relazione a tutto il sistema esposto da Gaio, che riferisce una serie di disposizioni legislative, con le quali si è cercato di rendere lieve l' obbligo del garante, appunto per favorirne la condizione; ma neppure questa opinione può essere accolta.

È certo che noi dobbiamo riconoscere che difficilmente la legge si occupa di questioni di diritto privato: queste erano d'ordinario regolate dalla consuetudine e dalla elaborazione scientifica dei giureconsulti; pure in materia di garanzia la legge è intervenuta spesso. E vi è una ragione speciale: non bisogna dimenticare che queste forme di garanzie personale avevano la loro ragion di essere nei rapporti fra garante e garantito; onde il reciproco dovere di garanzia, che esisteva fra *congentiles* e fra *patroni* e *clienti*.

Ed è pure mestieri notare che quelli che aspiravano ai pubblici ufficii, tentando di acquistarsi in tutti i modi il favore dei meno abbienti, procuravano loro garanzie per ottenere credito. Si comprende che a lungo andare questo dovesse finire; e, non potendo essi direttamente sottrarsi a queste consuetudini, ottennero che si facessero leggi che sgravassero i garanti dagli obblighi loro: così, per la legge Sulpicia non si poteva far debiti o garantirsi per più di 20000 sesterzi.

Ma tutto questo non spiega del principio recisamente enunciato da Gaio: *Sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*. Bisogna quindi cercare in altro campo la spiegazione: vi sono quelli che fanno ricorso al carattere sacro della *sponsio* per derivarne la sua intrasmissibilità: così il Pernice, in una dissertazione relativa al diritto sacro romano. In generale questo può ritenersi vero; infatti la violazione dell' obbligo sacro era come un delitto, anche di fronte alla legge civile: le obbligazioni *ex delicto* non si trasmettevano agli eredi. Ma, per questa conseguenza, sembra che si possano sollevare dubbi gravi. Ulpiano, nella L. 2. D. *de pollicit.* L. 13, parlando dell' *obligatio voti*, dice: « Voti enim obligationem ad heredem transire constat. » E vi è un obbligo più sacro della *obligatio voti?*

Il Pernice risponde che la trasmissibilità dell'*obligatio voti* è un portato del diritto posteriore, perchè mano a mano si è venuto ad ammettere il principio della responsabilita dell'erede.

Ma, a parte la difficoltà del passo di Ulpiano, ve n'è pure un'altra. È vero che le obbligazioni *ex delicto* non sono trasmissibili, ma sol quando il delitto è commesso: imaginiamo, ad

esempio, che non sia ancora avvenuta l'epoca dell'adempimento del voto: si potrà allora parlare di delitto e d' intrasmissibilità dell'obbligazione?

Crediamo che si debba tener conto di altri fenomeni, verificatisi in legislazioni diverse dalla romana. Da recenti studii sulle legislazioni indiana e maomettana, si ricava che nella *fideiussio* l' obbligo è tramissibile, quando si tratti di garanzia per debito altrui, è intrasmissibile, quando si tratti di garanzia per comparizione in giudizio.

In generale, si ritiene che, nella seconda ipotesi, la garanzia non sia trasmissibile: in particolare, la *lex Burgundiorum* dispone che l' obbligo di garanzia, relativo alla fideiussione giudiziaria, non è trasmissibile. Quando uno, che si è obbligato di far comparire in giudizio il convenuto, viene a morire, la sua responsabilità cessa, avuto riguardo al carattere strettamente personale della sua obbligazione.

È certo che ci troviamo di fronte a quella intrasmissibilità, che in parte è accettata da moderne legislazioni (1). Bisogna, sempre in via di ipotesi, far capo alla distinzione delle leggi indiane e maomettane, e della *lex Burgundiorum*, e dedurre il carattere di intrasmissibilità della *sponsio* dal fatto che questa era in origine un istituto di indole processuale.

Questa opinione è sostenuta da molti scrittori, e di essa si può dare una sufficiente dimostrazione. Infatti, l'*adstipulator* ha lo scopo di supplire a due esigenze del diritto romano: impos-

(1) Recentemente *l'associazione dei giuristi svizzeri* ha bandito un concorso a premio intorno alla trasmissione negli eredi dell'obbligo della fideiussione. Tre lavori furono premiati: in questi si venne alla conseguenza della trasmissibilità dell'obbligo, come principio generale, ma con grandi limitazioni, derivanti dagli stessi caratteri altruistici e strettamente personali di questo istituto, e tendenti a garantire l' erede contro la possibilità di un gran numero di queste obbligazioni. Quindi si proponeva di ripristinare l'istituto, secondo le norme vigenti in parecchie legislazioni cantonali, nelle quali è richiesta la trascrizione di tutte le fideiussioni.

sibilità della rappresentanza processuale, ed impossibilità di poter esigere un credito, dopo la morte del creditore; e Gaio parla della intrasmissibilità dell'*adstipulatio* insieme con quella della *sponsio* e della *fidepromissio*. Gaio (IV § 113) « Aliquando tamen ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit. Nam adstipulatoris heres non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur ». Si noti ancora, che l'affermazione di Gaio, il quale parla d'intrasmissibilità anche in ordine alle obbligazioni *ex contractu* (*aliquando*), va contro l'opinione del Pernice, il quale ritiene intrasmissibile soltanto l'obbligo *ex delicto*. Ora, poichè *l'adstipulatio* aveva lo scopo precipuo di supplire alla mancanza di rappresentanti processuali, anche la *sponsio* avrà avuto questo carattere processuale: e quindi il carattere medesimo di quest'obbligo temporaneo è tale che, scomparsa la persona, esso scompare.

Siamo del resto nel campo delle ipotesi, e questa ci sembra più accettabile.

Ammesso questo punto di partenza della intrasmissibilità degli istituti di garanzia processuale, e riconosciuta l'indole processuale della *sponsio*, si deve ritenere che, anche quando fu accolta nel diritto civile, non perdette il suo primitivo carattere d'intrasmissibilità. Nella *fideiussio*, invece, l'obbligo è trasmissibile, perchè il fideiussore *rei locum obtinet*.

§ IV.

Un'altra differenza, che separa la *sponsio* e la *fidepromissio* dalla *fideiussio*, sta in questo, che mentre le prime due non si possono aggiungere se non ad obbligazioni verbali solenni, la fideiussione può essere prestata per qualunque sorta di obbligazioni, sia che si tratti di obbligazioni verbali, sia di obbligazioni reali, consensuali o letterali, sia che si tratti di rapporti *ex contractu* o *quasi ex contractu*, sia di obbligazioni *ex delicto* o *quasi ex delicto*. Quindi lo *sponsor* non può far da garante se non per obbligazioni fondate su di una *sponsio*: il *fidepromissor* non può garantire se non obbligazioni fondate su

fidepromissio, laddove la *fideiussio* si riferisce a qualunque specie di obbligazione.

E non basta: siccome la *sponsio*, secondo il suo carattere primitivo, non può riferirsi che ad un *dare*, cioè non può importare che trasferimento di proprietà o di altro diritto reale, fondato sul diritto quiritario, così, anche la garanzia relativa ad essa non è possibile che per un *dare*, nel senso tecnico romano; di modo che il garante non risponde che di un' *obbligatio dandi*. Lo stesso nella *fidepromissio*; ma solo per riguardo alla forma, non già al contenuto dell' obbligazione; poichè essa può avere per oggetto una prestazione diversa dal *dare*.

Con la *fideiussio* infine si possono garantire obbligazioni di specie diverse, dal punto di vista della forma non solo, ma anche dell'oggetto.

Ora, qual'è la ragione, per cui la *sponsio* non può garantire che obbligazioni *per sponsionem?* Il Pernice sostiene che deve porsi mente al carattere sacro della *sponsio*: sicuramente questo è un istituto di diritto sacro; quindi chi garantisce deve essere legato con vincoli sacri con chi è garantito, tanto è vero che si parla di *consponsores*, *coniuratores*, cioè di giuramento comune, di responsabilità assunta in comune di fronte alle divinità. Qualunque cosa se ne possa pensare, certo, anche il carattere sacro può avere avuto influenza; ma piuttosto bisogna ricercare la ragione di quel carattere della *sponsio* in un altro riflesso, che è proprio dell'antico formalismo romano.

Lo *sponsor* si obbligava all'*idem: idem dari spondes? Spondeo.* Ora, secondo il vero concetto formalistico antico, non si può parlare di *idem* se non per rapporti giuridici identici per l'oggetto e per la forma; e quindi non si può parlare di obbligazione *eiusdem rei*, quando non vi sia identica prestazione e quando gli elementi dell'obbligazione non siano corrispondenti.

Abbiamo già indicate alcune delle differenze che passano fra la *sponsio* e la *fidepromissio* da un canto, e la *fideiussio* dall'altra: ma, questa della forma, specialmente, ha grande importanza nello svolgimento della fideiussione.

Un' altra differenza è in ciò, che mentre la *sponsio*, pur

contentandosi del lato formale dell'obbligazione principale, esclude la possibilità di garantire le obbligazioni degli schiavi e dei peregrini, la fideiussione può, per certi punti di vista, applicarsi anche a queste.

Nelle fonti è detto che la *sponsio* deve garantire un'obbligazione contratta *per sponsionem*; non importa se questa obbligazione non sia valida.

Gaio (III. § 119): « Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum; quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, veluti si aut pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus, aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. »

Quindi le nostre fonti ritengono che, sebbene la *sponsio* sia relativa ad obbligazione *per sponsionem*, tuttavia anche se questa sia nulla, come per esempio, se un pupillo *sine auctoritate tutoris* abbia promesso, o se alcuno abbia promesso qualche prestazione da effettuarsi *post mortem*, la *sponsio* deve essere considerata valida.

Si dubitava invece, quando lo schiavo o il peregrino avessero fatto una *sponsio*, se fosse obbligato per essi lo *sponsor* o il *fidepromissor*. Gaio dice soltanto che è disputato: ma la disputa non poteva sorgere che ai tempi suoi, giacchè all' epoca antica doveva essere esclusa la validità della *sponsio*, mancando la possibilità di un'obbligazione solenne. E si noti che Gaio adopera il verbo *spoponderit*, ciò che dimostra che la *sponsio* non può riferirsi che ad una obbligazione principale *per sponsionem*.

E qui, applicando ancora il concetto del Pernice, si può dire che la *sponsio* non può essere valida, in quanto che nè lo schiavo, nè il peregrino son partecipi dei *sacra publica* di Roma. Essendo la *sponsio* valida, dal punto di vista del diritto sacro, nei casi indicati da Gaio (*aut pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dari promiserit*) si capisce benissimo come in questi casi si dica che essa è possibile.

In altri termini non si dice che uno *sponsor* possa garantire sempre un'obbligazione nulla, ma che lo possa solo limita-

tamente ai casi che ci riferisce Gaio (obbligazione del pupillo della donna etc.); laddove questo nel diritto antico non era ammissibile.

Con la *fideiussio*, all' opposto, come vedremo, si può garantire qualunque specie di obbligazione, anche un'obbligazione naturale.

§ V.

Abbiamo altrove accennato ad una serie di provvedimenti legislativi, rivolti a rendere meno gravosa la condizione degli *sponsores* e de' *fidepromissores*.

I. Uno di questi provvedimenti è dato dalla *lex Apuleia*, che ci riferisce Gaio (III § 122): « Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quamdam societatem introduxit; nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo, quod amplius dederit, adversus ceteros actionem habet. »

Secondo questa legge adunque, la cui efficacia si estendeva per tutto il dominio di Roma, i *consponsores* ed i *confidepromissores* si debbono considerare come stretti in società, per quel determinato affare, e nei rapporti fra loro. Al creditore resta il diritto di rivolgersi e farsi pagare integralmente da uno dei promittenti; solo chi ha pagato *plus sua portione*, ha diritto di rivolgersi, in via di regresso, agli altri, per il dippiù pagato.

II. La *lex Furia* è andata più oltre. Gaio (lib. cit. § 121) così dice: « Item sponsor et fidepromissor (per) legem Furiam biennio liberantur: et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio, et singuli viriles partes. »

Due disposizioni contiene questa legge. Con la prima è fissato il termine di un biennio, trascorso il quale, lo *sponsor* e il *fidepromissor* sono dichiarati liberati: così, rendendola temporanea, viene ad essere alleggerita l'obbligazione. Con l'altra in-

vece, è detto che se più sono gli *sponsores* o i *fidepromissores*, *ipso iure*, il debito è diviso in parti uguali: per modo che il creditore non può rivolgersi contro qualunque di esso, in solido, ma per la parte che a ciascuno spetta; e però, si tien conto di quelli che sono solvibili all'epoca della scadenza del debito, e fra questi la divisione si fa in parti uguali: se il creditore agisce per una somma maggiore, perderà, per questa *plus petitio*, la cauzione.

Qui, come si vede, non vi è più bisogno dell'azione di regresso, accordata dalla *lex Apuleia*, perchè mancando quella *societas quaedam*, ciascuno non può esser convenuto per una somma maggiore. Tuttavia, non è a credere che, dopo la *lex Furia*, la *lex Apuleia* si fosse resa inutile: e la ragione è che la *lex Furia*, ebbe applicazione soltanto in Italia, laddove la *lex Apuleia* imperava su tutto il dominio di Roma. Gaio dice in proposito (§ 122 contin): «Lex autem Apuleia ante legem Furiam lata est, qua solidum obligabantur: unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit. Et utique extra Italiam superest; nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Apuleia vero etiam in ceteris ».

Noteremo pure come queste disposizioni non riguardassero i fideiussori: solo posteriormente, come diremo a suo tempo, un editto di Adriano estese questi vantaggi anche ai confideiussori.

III. Un'altra legge, di simil genere è la *lex Cicereia*, di cui ci parla anche Gaio nel § 123 lib. cit.: « Praeterea lege Cicereia cantum est, ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit: et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praeiudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit: et si iudicatum fuerit praedictum non esse, liberantur. Qua lege fideiussorum mentio nulla sit: sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere ».

Dice Gaio: chi assume *sponsores o fidepromissores* a suo favore, deve, in forza di questa legge, proclamare pubblicamente,

palam, la somma del debito ed il numero dei garanti, per modo che ciascuno di essi sappia la somma di cui deve rispondere; e ciò per evitare che il creditore tragga in inganno i garanti o sulla somma o sul numero delle persone.

La legge richiede una pubblica proclamazione: *palam*, il significato della quale parola si trova nelle fonti. Ulpiano nella L. 33 D. de verb. sign. L 16, dice: « *Palam* est, coram pluribus »; ed anche in molti scrittori non giuridici troviamo fatta menzione appunto delle frodi che si solevano usare a questo riguardo.

Come si procede per questa proclamazione? Se manca questa dichiarazione solenne, è data facoltà, a chi ne può esser leso, di proporre un'azione pregiudiziale, un'azione di *accertamento*, come dicono i tedeschi, il cui scopo è quello di accertare la mancanza di proclamazione: se risulta che essa vi è stata, l'obbligazione è valida, diversamente l'obbligazione è nulla, *et si iudicatum fuerit praedictum non esse, liberantur*. L'unica condizione è che l'azione sia proposta in trenta giorni dalla garanzia.

La *lex Cicereia* non parla affatto dei fideiussori; tuttavia Gaio dice che si soleva fare identica dichiarazione pei fideiussori; non era un obbligo giuridico, ma una consuetudine.

§ VI.

Un altro punto importante, che distingue la *sponsio* dalle altre due figure di garanzia, è il mezzo per riavere quanto si è pagato.

La *lex Publilia* stabiliva che lo *sponsor*, che avesse pagato pel garantito, avesse un'*actio depensi* per riavere la somma pagata. È notevole come questa non sia un'azione delle solite, ma una vera azione di giudicato e però esecutiva, e come il procedimento sia quello rigoroso della *manus iniectio pro iudicato:* anche qui la *deprehensio* fa sì che si accerti questo fatto, che lo *sponsor* ha pagato una data somma di danaro, e che quindi sia autorizzato a proporre la *manus iniectio,* come se

in forza di una sentenza. In virtù di questo procedimento, il debitore poteva esser preso, venduto, tratto in ischiavitù. Posteriormente venne a perdere efficacia questo procedimento, e la *manus iniectio* diventò *pura*; e quindi, mentre nella *manus iniectio pro iudicato*, il debitore non poteva *manum sibi depellere*, ma doveva obbedire, se non interveniva un terzo per lui (*vindex*), nella *manus iniectio pura* l'azione dello *sponsor* poteva essere fermata dal fatto del garantito, che poteva *manum sibi depellere*. Tuttavia con la *lex Publilia*, lo *sponsor* continuò ad avere la *manus iniectio pro iudicato*.

Questo procedimento non si aveva per i *fideiussores* e per i *fidepromissores*.

Lo *sponsor* è tenuto col debitore principale, che ha assunta un'obbligazione *per sponsionem*; in effetti il creditore può chiamare in giudizio indifferentemente l'uno o l'altro: anzi fu ritenuto che lo *sponsor* contraesse un'obbligazione solidale, senza distinguere l'obbligazione principale dall'accessoria. E, quando si venne sceverando la figura dello *sponsor* da quella dell'obbligato in via principale, si stabilì che lo *sponsor* non si potesse obbligare per più di quello che era dato dall'obbligato in via principale.

Il Constitutum

§ I.

Queste le figure vere e proprie di garanzie, di istituti cioè destinati a garantire un'obbligazione altrui; una figura che per sè stessa si accosta alla garanzia, è quella del *constitutum*.

Col nome di *constitutum* s'indica una promessa non solenne di pagare in determinato giorno un debito proprio o di altri, onde la differenza fra *constitutum debiti proprii* e *constitutum debiti alieni*.

Nel primo caso non v'è garanzia personale; invece, nel secondo abbiamo una vera obbligazione di garanzia, in quanto che

un terzo assume l'obbligo di pagare un debito; a tempo determinato.

Il significato etimologico della parola *constitutum* è *cum statuere, statuere simul*, stabilire di accordo, termine che troviamo presso scrittori non giuridici, ed anche nella legge delle *XII tavole*. In questa legge si trova *status dies cum hoste*, inteso *hostis* nel senso di straniero, non di nemico; ed in Cicerone ancora, si parla del *constitutum*, quantunque non possiamo dire con certezza, se egli ne parli tecnicamente.

Certo si è, che *constitutum* ha un significato tecnico, promettere di pagare una determinata somma in un giorno determinato, anche quando il *dies* non sia indicato. Tanto è vero che nel diritto classico si è ritenuto che, se il *constitutum* è *sine die*, vien fissato il termine minimo di dieci giorni, secondo le fonti.

L'importante è questo, che vi sia una promessa, e non occorre che sia fatta con parole solenni. Ma, com' è che questo *nudum pactum* può produrre azione, se i *pacta nuda* non producono che sole eccezioni?

Le spiegazioni che si sogliono dare non soddisfano; anzi, bisogna stare in guardia di fronte a talune affermazioni di giuristi, che non hanno un concetto preciso dell'istituto.

L. 3 § 2 D. de const. pec. XIII. 5: « Si is qui iure civili, et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? Et Labeo ait, teneri (constitutum): quam sententiam et Pedius probat: et adiicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta, quam sententiam non invitus probarem: habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum, teneatur ».

Qui si fa quistione: se vi è un *constitutum* di debito a termine, sarà valido? Labeone dice di si: anzi aggiunge che lo scopo del *constitutum* è di avere a scadenza brevissima quello che si dovrebbe avere ancora dopo un lungo termine, *ut ex die obligatus, se eadem die soluturum, teneatur*: ed Ulpiano, del

quale è il frammento, afferma che l' opinione si può accettare senza sforzo.

Ma, questa opinione trova qualche cosa che le va contro in un passo della parafrasi di Teofilo, dove è detto che il *constitutum* ha luogo quando uno vuole avere qualche dilazione al pagamento, che altrimenti dovrebbe effettuarsi subito: si avrebbe in tal guisa una concessione da una parte, una promessa dall' altra. Talchè il *constitutum* si farebbe per avvantaggiare il debitore, e per i debiti scaduti: laddove, secondo l' opinione di Labeone, il *constitutum* sarebbe stabilito pei debiti non ancora scaduti, e nel vantaggio del creditore.

L' utilità secondo Labeone consiste in questo che colui che ha promesso di pagare in un determinato giorno, promette poi di eseguire l'obbligazione in quel giorno determinato.

Se, per esempio, nella vendita, si dice che il prezzo sarà pagato il primo gennaio, con ciò non vi è messa in mora del debitore, perchè non è qui applicabile il principio *dies interpellat hominem*, occorrendo per la messa in mora un' intimazione. Ma se, invece, vi è una promessa di pagare in quel giorno e non dopo, allora non occorre la messa in mora, perchè la specialità del *constitutum* è che il debitore paghi in quel giorno determinato e non dopo.

Ma, Teofilo (§ 8 della parafrasi, IV. 6) si mostra di avviso contrario. « Centum aureos mihi debebas. Conveni te eos repetens. Tu ut presentem exationem effugeres, ita me tunc dimisisti, quod te decimo die mensis soluturum constitueres. Cum elapsum iam esset tempus a me tibi indultum, rursus tibi molestus esse coepi. Tu omnes actionum fines callide et astute captans, negabas ulla re actione mihi teneri. Quoniam neque stipulatio intervenerat, ut possem ex stipulatu agere: neque sequutum erat mandatum, ut mandati actio competeret. Tuam igitur istam perfidiam et contumaciam cum videret praetor, ut quae etiam promissis tuis contraria sit, actionem de pecunia constituta proposuit. »

Secondo Teofilo si ha il *constitutum*, quando il debito è

già scaduto e si accorda al debitore un termine fisso, indeclinabile per il pagamento.

Quale la vera ipotesi tra queste due? L'opinione di Labeone, il quale è più vicino all'epoca del *constitutum*, non è disprezzabile, specie quando si consideri che Teofilo è un giurista bizantino, che riceve la tradizione molto mediatamente. Ma, la prima difficoltà che sorge è questa: Giustiniano nel trasfondere l' istituto del *receptum* in quello del *constitutum*, quando accenna ad alcuni caratteri che aveva *l'actio de constituta pecunia* (*inter veteres*), dice che sorgeva dubbio sulla possibilità del *constitutum debiti proprii*, quando il debito era a termine; se questo dubbio sorgeva, non si può ritenere con Labeone che la prima origine del *constitutum* sia quella del pagamento di un debito a termine.

Ma nemmeno l'opinione di Teofilo è scevra d'inconvenienti, poichè l'elemento dell'utilità non si riscontra nel solo caso della promessa di pagare un debito già esistente. Vero è, che si l'una opinione che l'altra rientrano in un concetto generale: il pretore ha concesso l'azione per il pagamento in base ad un riflesso riferito da Ulpiano nella L. 1 D. *de const. pec. XIII. 5* (*quoniam grave est fidem fallere*).

Se dovessimo intendere letteralmente questa espressione, dovremmo ritenere che l'editto pretorio avrebbe accordato l'azione in base a qualunque patto. Quale il significato vero?

Un debito già sussiste, ma, o non vi è giorno determinato per il pagamento, oppure, sebbene vi sia, non produce di per sè stesso tutti gli effetti rigorosi che dovrebbe produrre: allora il creditore si fa promettere dal debitore che egli pagherà in quel giorno determinato e non dopo, e, non pagando, trae in inganno il creditore e lo danneggia, poichè questi contava che il pagamento sarebbe avvenuto in quel giorno determinato. In questo caso interviene il pretore, *quoniam grave est fidem fallere.*

E questo concetto si adatta a tutte e due le ipotesi figurate da Labeone e da Teofilo, i quali sono troppo esclusivi nelle loro affermazioni.

§ II

Per la sussistenza dell'*actio de constituta pecunia* occorrono diversi requisiti.

I. Dall'espressione *actio de constituta pecunia* risulta che prima questo patto si riferiva ad obbligazioni di somme determinate di denaro, perchè, secondo il concetto tipico della *pecunia credita*, il credito non può versare che sopra una determinata somma di danaro. E questo è affermato anche da Gaio, il quale dice che la *lex Cornelia* vietava di obbligarsi per oltre 20000 sesterzi in un anno: posteriormente il significato della *pecunia* venne esteso alle cose fungibili (*res quae pondere, numero, mensura consistunt*) e poi a tutto. Ma per la *pecunia constituta* si rimase alle *res quae pondere, numero, mensura consistunt*, e solo sotto Giustiniano, quando il *constitutum* si fuse, col *receptum*, il concetto del credito si allargò.

II. Un'altro requisito importante, che distingue la figura del *constitutum* dalle figure analoghe del diritto moderno, si è quello della esistenza del debito.

L. 18 § 1 D. *de const. pec. XIII.* 5 « Quod adjicitur, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. »

Le conseguenze che si ricavano da questo principio sono importantissime: questa necessità dell' esistenza del debito ci dimostra perchè il pretore si decise a concedere l'azione, non ostante che il *constitutum* fosse un *pactum*. Ma qui vi è di più del *pactum*: vi è una convenzione che fissa il pagamento per un giorno determinato. Da questo principio il diritto antico dedusse che non si poteva *constituere debitum sub conditione vel in die*: proprio la *lex Cornelia* dice che si ha la *pecunia credita* quando non vi è condizione: anche su questo punto il diritto posteriore andò assai oltre, poichè ammise il *constitutum* sotto condizione, purchè la promessa fosse legata alla condizione stessa alla quale era legato il debito principale.

Quello che non si spiega è il divieto cui accenna Giusti-

niano di fare il *constitutum* a termine: se il debito già sussiste, qual'è la ragione della proibizione?

Non era proibito il *constitutum* di qualunque debito a termine, ma soltanto di alcuni debiti. Così non era permesso il *constitutum* che fissava il pagamento del debito in un epoca anteriore alla scadenza del debito primitivo; si ha in tal caso un danno del debitore, il quale perde il vantaggio (*interusurium*) che gli frutta il capitale nel tempo intermedio tra il termine fissato per il pagamento e quello della scadenza del debito: come principio generale non si può ammettere la validità di un *constitutum* nel quale si promette più di quello che è stabilito nell'obbligo principale.

III. Dalla circostanza che non si tratta di una mera *actio ex pacto* deriva un'altra qualifica del *constitutum*, la quale spiega alcuni passi delle nostre fonti, in cui si afferma che l'erede del costitituente non è tenuto a pagare, e con ciò si accenna ad un'epoca in cui l'erede non avea quest'obbligo, e si dice che l'*actio de constituta pecunia*, non è un'*actio poenalis*, ma *rei persecutoria*.

Si agisce con quest' ultima quando si pretende qualche cosa che, ottenuta, reintegri il patrimonio, cui è venuta a mancare, si agisce con la prima quando si domanda una somma la quale accresca il nostro patrimonio, per una soddisfazione da dare a noi e per una pena da infliggere al convenuto.

Nell'*actio de constituta pecunia* si domanda qualche cosa, che reintegri il patrimonio: il creditore tende ad avere il suo. La ragione dell'opinione di alcuni, i quali vogliono che questa sia un'*actio poenalis* si deve ricercare in una caratteristica riferita da Gaio (IV. 171) « Nunc admonendi sumus, ne facile homines ad litigandum procedant, temeritatem tum agentium quam eorum cum quibus agitur coerceri modo pecuniaria poena modo iusiurandi religione, modo metu infamiae, eaque praetor quoque tuetur. Ideo ex parte eius cum quo agitur adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum, nomine agitur: *ex quibusdam causis*

sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae ».

Ma Gaio si serve dell' espressione *permittitur*, il che vuol significare che la *sponsio* non era indispensabile: e d'altra parte, se la *sponsio* è penale, non deve di conseguenza ritenersi penale l'*actio de constituta pecunia*.

Il dubbio può sorgere solo quando si consideri che, agendosi con l'*actio de constituta pecunia*, se non è possibile ottenere il pagamento del debito, si domanda il risarcimento del danno, dal quale deriva una diminuzione del patrimonio del convenuto con un certo carattere di penalità.

L'*actio* non è *in ius concepta*, ma *in factum*: in essa il pretore, mandando la formola al giudice, gli dice che esamini se è vero che il convenuto ha promesso di pagare, e lo condanni, se ha mancato alla promessa: nè guardi alla causa da cui è derivata la mancanza di adempimento della promessa, ma esamini il semplice fatto materiale e, in base a questo, condanni. Ed è questa un' altra caratteristica delle azioni penali del diritto antico: nell'*actio furti concepti*, ad esempio, si condannava al pagamento del triplo del valore della cosa. Il *furtum* era detto *conceptum* quando, rubata la cosa, e sospettandosi che il ladro fosse il tale, si permetteva al derubato di procedere alla ricerca nella casa della persona sospetta. La procedura era solenne: il sospettato dovea presentarsi pubblicamente nudo, coverto solo da un grembiale di pelle.

Tutto questo è tolto di mezzo col diritto classico, nel quale quest'azione è *rei persecutoria*, e quindi trasmissibile.

IV. *L'actio de constituta pecunia* è annale: trascorso l'anno non si può più proporre. Tuttavia sotto Giustiniano essa in certi casi è perpetua; alcuni, infatti, fondandosi sulle parole di Giustiniano, ritengono che sia annale, quando si riferisca al debito altrui, e perpetua, quando si riferisca al debito proprio. Invece nella Const. I Cod. *de const. pec.* IV. 18, è detto che il *constitutum debiti alieni* vincola anche gli eredi ed è perpetuo. « Si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniae

constitutae actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit ».

Talchè è da ritenere che quest'azione normalmente è annale, come le pretorie e le penali, ed è perpetua quando si promette un debito altrui. E questo si spiega, perchè fino a quando si tratta di promessa di pagare il debito proprio, noi ci troviamo davanti alla vera figura del *constitutum*; ma la promessa di pagare il debito altrui è una specie di fideiussione, e l'azione non tende al risarcimento di danni, ma all'esecuzione dell'obbligo, che il costituente ha assunto.

§ III.

L'*actio de constituta pecunia* si accorda per i debiti proprii: Labeone parla anche di debiti altrui, ma è da ritenere che da principio quest'azione si riferiva al debito proprio. Recenti indagini hanno dimostrato che la maggior parte dei passi nei testi primitivi dei giureconsulti si riferivano al *receptum*. La stessa L. 27 D. *de const. pec.* XIII. 5, è stata dimostrata che si riferiva al *receptum*: in ogni modo è certo che nel diritto classico questa figura del *constitutum debiti alieni* rappresenta una specie di garanzia dell'obbligazione, giacchè il terzo che assume di pagare a giorno determinato il debito altrui può fare ciò con intento di garantire il debitore principale: ma il *constitutum* può spiegarsi anche come una vera e propria assunzione del debito altrui, escludendo l'antico debitore.

Il receptum.

§ I.

Una figura che si accosta molto a quella del *constitutum*, è il *receptum argentariorum*, del quale le fonti parlano, solo per accennare che è stato abolito. Giustiniano nella Const. II Cod. *de const. pec.* IV. 18, statuisce che l'istituto del *receptum* non debba più considerarsi in vigore, e che esso sia fuso

nell'altro, più rispondente ai bisogni dell'epoca, che è il *constitutum*, cui sono applicate certe modificazioni, a modo da arrecare ad esso alcuni vantaggi dell'istituto abolito.

Un'altro accenno è nelle Istituzioni di Giustiniano, là dove si parla dell'*actio de constituta pecunia, cui similis videbatur receptitia* (1). Ed infine Teofilo nella sua parafrasi fa anche menzione di quest'istituto, che dichiara abolito.

Di fronte a questa scarsezza delle fonti, gli scrittori si son trovati in imbarazzo per delineare il carattere dell'istituto: ciò che si può affermare con certezza è che il *receptum* importa l'assunzione di un obbligo, per parte di un banchiere (*argentarius*), per conto d'un suo cliente, a favore di un terzo; e si concreta nella promessa di pagare una data somma.

Intanto nelle fonti troviamo che non si parla di *receptum*, ma di *actio receptitia*, onde sorge una disputa sulla denominazione da dare all'istituto, in base alle fonti; la disputa sorta fra le due denominazioni, *receptum* e *receptio*, non ha grande importanza; tuttavia se si volesse stabilire quale delle due fosse più precisa, per analogia ad altri istituti, sarebbe meglio accettare la denominazione di *receptum*.

Recentemente il Lenel ha mostrato come alcuni passi che troviamo nel Digesto al titolo *de constituta pecunia*, e che parlano del *constitutum*, appartengono ad opere dei giureconsulti Ulpiano, Paolo e Gaio, in cui non si poteva discorrere del *constitutum*, perchè di questo essi parlano altrove, come risulta appunto, secondo il Lenel, da altri passi, conservati in quel titolo.

A quest'osservazione segue un'altra dello stesso scrittore, il quale dimostra che questi passi si riferiscono a libri, nei quali si parla d'altre figure di *receptum*, quali il *receptum arbitri*, e il *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*.

Il *receptum arbitri* è il compromesso, in forza del quale gli arbitri assumono d'obbligo di risolvere una controversia; per

(1) § 8 Inst. *de action.* IV. 6.

delegazione dei litiganti. Il *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* si ha quando uno si reca in un bastimento, in un albergo od in una osteria, e vi depositi quegli oggetti che ha con sè: questo fatto rende responsabile l'armatore, l'albergatore, l'oste della perdita degli oggetti.

Ora, è da osservare, dice il Lenel: se questi passi che parlano del *constitutum* son tratti da libri in cui si discorre del *receptum*, vuol dire che anch'essi debbono riferirsi al *receptum*, e, siccome non parlano nè del *receptum arbitri*, nè del *receptum cauponum* etc., così si deve credere che si riferiscano al *receptum argentariorum*, e che, accolti nel *Corpus iuris*, siano stati modificati, perchè riferentesi ad un istituto già abolito.

E difatti, molti passi si spiegano, appunto perchè si riferiscono al *receptum argentariorum*: basti citare fra gli altri la L. 27 D. *de const. pec.* XIII. 5, da cui risulta che il *constitutum debiti alieni* è normale, ed anormale è invece quello *debiti proprii*; e questo passo non si spiega bene quando non venga riferito al *receptum*, che normalmente avea luogo per debiti altrui.

§ II.

Ed ora una questione: che cosa hanno di comune queste tre figure del *receptum*, per essere collocate sotto lo stesso titolo?

Il Lenel si contenta dell'assonanza materiale: un altro giurista, il Bekker, riconosce in questi istituti tre figure diverse di mandato; ecco perchè, egli dice, si riuniscono insieme. L'*arbiter*, secondo lo stesso scrittore, accettando di definire la controversia, assume la figura di un mandatario; e similmente vi è un tacito incarico di custodire gli oggetti depositati dal viaggiatore in una nave, ovvero in un albergo.

Questo può essere in generale; ma, riguardo al *receptum argentariorum*, il concetto di mandato non è essenziale, chè, anche quando il cliente non dia ordine al banchiere di pagare per lui, il banchiere lo può sempre fare di propria iniziativa,

salvo a regolare i conti col cliente; a meno che questi non si sia opposto. Tanto è vero, che in uno dei passi delle fonti, e propriamente in uno di quei passi che, secondo il Lenel, deve riferirsi al *receptum argentariorum*, troviamo detto che il patto può essere costituito *etiam absente, invito debitore* (1): il che esclude la necessità del mandato.

L'obbligo dell'*argentarius* è assoluto di fronte al terzo, non così di fronte al debitore; poichè l'*argentarius* non fa la dichiarazione di fronte al debitore.

Quindi il terzo soltanto ha il diritto di pretendere dall'*argentarius* che effettui il pagamento.

§ III.

Vediamo qual'è la figura giuridica del *receptum*, e se esso è un semplice patto, ovvero un contratto, e se è contratto civile o pretorio.

Anche qui la scarsezza delle fonti fa sorgere gravi dispute.

Alcuni, fondandosi su di una costituzione di Giustiniano, dicono che è contratto civile e verbale, poichè le parole del passo lasciano credere appunto ad una solennità, *actio solemnibus verbis composita*.

Fu osservato che qui si parla di parole solenni, ma riguardo all'azione, e fu detto dai sostenitori di quest'opinione, che non è possibile parlare di parole solenni della formola, nel periodo Giustinianeo, che è quello del procedimento *extra ordinem*.

Certamente le parole della costituzione lasciano supporre che si tratti di contratto solenne: ma non lo si può affermare con sicurezza, perchè, salvo queste parole, nulla abbiamo che possa suffragare l'una piuttosto che l'altra opinione.

Un altro riflesso fu fatto valere per la natura civile del contratto; ma nemmeno basta a farci pervenire a sicura conclusione. Nel *constitutum*, il costituente allora era obbligato, quan-

---

(1) L. 27 D. *de const. pec.* XIII. 5.

do al tempo della costituzione, il debito primitivo sussistesse giuridicamente; non importava se dopo fosse scomparso. Giustiniano nota in proposito, che *secundum antiquam recepticiam actionem res exigebatur etiam si quid non fuerat debitum.* (Const. II. sop. cit.) Invece *l'argentarius* prometteva di pagare, per conto del terzo, anche se non vi fosse debito alcuno.

Questa specialità, si dice, è propria del diritto civile, perchè il contratto pretorio non può imaginarsi con conseguenze così rigorose.

§ IV.

I. Quali sono i rapporti fra l' *argentarius* e il *debitore*?

Non occorre mandato, tanto è vero che nelle fonti è detto che il patto può essere costituito *etiam invito debitore*; tuttavia se l' *argentarius* non avrà fondi per pagare, o' non vi è precedente mandato, non potrà rivolgersi al cliente per averne. Ed anche essendovi il mandato, non è ammesso il diritto di rivolgersi al cliente, per provvista di fondi, prima della scadenza del debito: perchè, l' avere assunto un obbligo non importa che esso sia stato eseguito. Solo nel caso in cui *l'argentarius* abbia pagato, avrà dritto di regresso, quando vi sia mandato; ed anche senza mandato, ma senza opposizione, perchè allora rientriamo nel caso di una *negotiorum gestio.* Se questa pure manchi, allora ci troviamo di fronte a rapporti giuridici diversi; e manca la ragione dell'azione di fronte a chi si è opposto: solo *l'argentarius* potrà addurre l'arricchimento, da parte del debitore. Entro questi limiti è giusto che *l'argentarius* ripeta quanto ha erogato; quindi, se la somma pagata ecceda l' arricchimento, solo nei limiti dell'arricchimento potrà esser rivalso.

II. Rapporti fra *l'argentarius* ed il *creditore.*

L'argentarius è obbligato di fronte al creditore, che ha *l'actio recepticia* per ottenere il pagamento della somma.

Ma quali cose potevano formare oggetto del *receptum*, quale era l'obbligo del banchiere? Dapprima il *receptum* era limitato

alle cose, *quae numero, pondere, vel mensura consistunt*; ma Teofilo ci dice che qualunque cosa ne potesse formare oggetto.

Uno scrittore moderno, il Rossello, afferma che qui, nel *receptum*, più che nel *constitutum*, si spiega la restrizione riguardo all'oggetto, perchè l'*argentarius* fa specialmente maneggio di danaro: quindi si capisce che possa *recipere* in sè un obbligo relativo alle *res quae pondere, numero, mensura consistunt*, ma non un obbligo, per esempio, di consegnare una casa.

Ma, anche a questo riguardo, data la scarsezza delle fonti, non possiamo giungere a conclusioni concrete e sicure.

Dobbiamo contentarci di questa semplice congettura, che cioè nei rapporti fra cliente e terzo vi potesse essere obbligo qualsiasi, ma che *l'argentarius* assumesse l' obbligazione di pagare una somma di danaro.

L'argentarius in altri termini potrebbe *recipere* in sè qualunque obbligazione, riducendola sempre in danaro.

III. Rapporti fra *creditore* e *debitore*.

Il *receptum* nei rapporti fra creditore e terzo non produce mutamenti di sorta; onde, se il terzo era creditore del cliente dell' *argentarius*, continua ad esserlo; non vi è novazione o sostituzione, ma duplicazione di obbligazione. Il venditore ha quindi due azioni; vi è una concorrenza elettiva di azioni in virtù della quale il creditore ha la scelta di rivolgersi verso l'uno o l'altro de' debitori, per domandare loro il pagamento

Tuttavia possono subentrare rapporti di garanzia: la promessa dell'*argentarius* può essere fatta per garantire al terzo il pagamento del debito del suo cliente; ma, tanto nel *constitutum*, quanto nel *receptum*, il creditore non deve aspettare che il debitore non abbia fatto promessa, ma può rivolgersi contro il costituente ovvero il recipiente, a differenza di ciò che avviene nella fideiussione del diritto giustinianeo; infatti il fideiussore non poteva esser convenuto, se non quando il creditore avesse dimostrato che il debitore principale non avea pagato.

Il mandato qualificato

Il mandato di credito, ovvero mandato *qualificato* ha luogo quando Tizio dia incarico ad una persona di far credito, assumendo egli la responsabilità del pagamento, il rischio dell'accreditamento: *fide et periculo meo*, dicono le nostre fonti (1).

Le regole del mandato ordinario si applicano anche al mandato qualificato fino ad un certo punto.

È regola, ad esempio, che il mandato venga meno con la morte del mandante ovvero del mandatario. Ma, supposto che il mandatario abbia eseguito il mandato, la morte non estinguerà il rapporto giuridico, poichè l'estinzione del mandato per morte, ha luogo sol quando esso non sia stato eseguito; quindi gli eredi del mandante hanno diritto di domandare al mandatario conto dell'incarico affidatogli, e gli eredi del mandatario, a loro volta, di farsi rivalere delle spese: così, diritti ed obblighi passano, a favore e contro gli eredi.

Il mandato, eseguito in parte, sussiste per quella parte; ma se si tratti di mandato di un prestito di danaro, e questo debba aver luogo a varie riprese, il mandato incominciato, anche dopo la morte del mandatario, dovrà continuare ad essere eseguito?

Qui tutto dipende dalla volontà delle parti: se le parti hanno considerato il pagamento come un tutto unico, vi è l'obbligo di continuarlo, se invece non v'è nesso necessario fra le varie rate, cessano, con la morte, i rapporti di obbligazione.

II. Garanzie reali

Quando il creditore non si contenta nè della sicurezza che a lui può offrire il patrimonio e l'onestà del debitore, nè dell'aggiunzione di altre persone, si viene allora alla garanzia reale,

(1) L. 24 D. de fideius. et mandat. XVII. 1.

che ha la caratteristica di attuarsi per via di una determinata cosa.

Conviene non credere che garanzie reali si siano presentate in tutti i tempi ed in tutte le legislazioni, come ora nelle figure del pegno e dell'ipoteca. È naturale che che chi ha un credito di danaro possa soddisfarsi direttamente con la cosa, ma questo non era, secondo le idee primitive romane.

In Roma, i mezzi con cui il creditore poteva attuare il suo diritto erano diversi:

a) garanzia per via del possesso della cosa, che il creditore riteneva fino al soddisfacimento del debito: garanzia debole, ma sicura.

b) garanzia per via di trasferimento di proprietà, quasi simile all'altra.

c) garanzia per via di pegno o d'ipoteca, la quale si sostanziava in questo, che il creditore, se non era pagato alla scadenza, avea diritto di soddisfarsi col prezzo ricavato dalla vendita della cosa.

d) garanzia infine per via del così detto *patto commissorio*, abolito da Costantino e scomparso nel diritto giustinianeo, che si concretava nel diritto del creditore di ritenere la cosa, nel caso di non soddisfacimento del debito.

La fiducia

§ I.

Fra le figure di garanzie reali, prima si presenta quella della *fiducia cum debitore*, ovvero *pignoris causa*: figura per cui il debitore consegna in proprietà una cosa al creditore, il quale la ritiene fino al soddisfacimento del debito. Il concetto di fiducia si esplica in ciò che, il debitore, col trasferire la proprietà nel creditore, si rimette alla buona fede del medesimo, per la restituzione della cosa.

L'istituto della fiducia si esplica in ogni campo del diritto

privato romano: questa larga esplicazione del concetto di fiducia si deve attribuire ad una legge che domina lo svolgimento del diritto romano, quella che Jhering ampiamente svolge, e chiama *legge dell'economia*. Quando i bisogni pratici richieggono la creazione di nuovi rapporti giuridici, la tecnica giuridica romana non procede per nuove vie, ma si serve dei mezzi che ha a sua disposizione, facendo subire agli istituti in vigore una piccola trasformazione. Così avvenne per *la mancipatio* e per la *in iure cessio*: trasferendo la proprietà per via di questi istituti, si potevano raggiungere molteplici scopi. Il trasferimento può farsi per cause diverse: così si può trasferire per modo che la cosa resti definitivamente presso una persona, o perchè essa serva ad uno scopo determinato, come, per esempio, che serva di garanzia per un uso o credito e non sia più al sicuro presso il cedente o tradente (*fiducia cum creditore* o *cum amico contracta*, corrispondenti ai due istituti del *pegno* e del *deposito* del diritto posteriore). Si trasferisce la cosa nel creditore, appunto perchè egli sia garantito, si trasferisce nell' amico, perchè la cosa sia più sicura presso di lui; con l' intesa, che, venuto a mancare lo scopo del trasferimento, la proprietà della cosa sarà restituita.

Ma, anche nel campo del diritto familiare e successorio, come nella *emancipatio*, nella *tutela mulierum* e nel testamento si trova un' applicazione del concetto di fiducia: nella *emancipatio* si aveva una triplice vendita per i figli maschi ed una vendita semplice per le femmine, e questa vendita era accompagnata da una clausola fiduciaria nella quale era obbligato, colui che emancipava il figlio, di renderlo al padre.

Nella *tutela mulierum* vi era il *tutor fiduciarius*, e, infine, nel testamento il testatore *mancipabat familiam suam* ad un *emptor familiae*, cui dava gl' incarichi che dovevano eseguirsi *post mortem*.

In questi istituti tutto riposa sulla buona fede di una persona: il loro fondamento è nel *mos* non nel *ius*, e perciò occorre che essi abbiano un certo carattere di pubblicità: tutta la co-

munione è necessario che sappia che è sorto un nuovo rapporto di fiducia e sorvegli. Ecco perchè questa clausola fiduciaria va congiunta a negozii giuridici solenni, formali, come la *mancipatio* e la *in iure cessio*; non è possibile imaginare una *traditio fiduciae causa*.

§ II.

Esame dello svolgimento della fiducia. Quali erano i modi con cui questo negozio giuridico si conchiudeva? Abbiamo un documento prezioso, il quale ci dimostra come nella pratica avesse luogo la *mancipatio fiduciae causa*: è la cosidetta *tavola betica*, trovata in Ispagna nel 1867. « Dama L. Titi ser[vus] fundum Baianum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumus[que] esset, HS n[ummo] 1 et hominem Midam HS n[ummo] 1 fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Baianio, libripende —, antest[ato]—. Adfines fundo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet.

Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi ser[vum] et L. Baian[ium] uti quam pecuniam L. Titius L. Baiano dedit dederit, credidit crediderit, expensumve tulit tulerit, sive qui pro eo promisit promiserit, spopondit spoponderit, fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua quoque die. L. Titio h[eredi]ve eius data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia, sive qua mancipia ex is vellet L. Titius h[eres]ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia presenti venderet. Mancipio pluris HS n[ummo] 1 invitus ne daret, neve satis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in verba satis s[ecundum] m[ancipium] dari solet, repromitteret, neve simplam neve duplam. »

Si tratta dell'alienazione *fidei fiduciae causa* del fondo Baiano con gli schiavi addetti alla coltura: si dichiara come esso

non è soggetto a servitù, e lo si vende per un sesterzio, come per un sesterzio si vende lo schiavo. Ciò dimostra che si tratta di un ripiego della tecnica giuridica: il prezzo illusorio di un sesterzio sta per l'efficacia del contratto solenne, per il quale basta qualunque prezzo.

Quest'alienazione *fidei fiduciae causa* tecnicamente è detta *pactum conventum* (*pactum conventum factum est*)): e la formula *uti quam pecuniam L. Titius L. Baianio dedit dederit* etc., è una di quelle cauzioni circostanziali, a cui abbiamo accennato a proposito della *giurisprudenza cautelare*.

Il *pactum conventum*, come tale, non potrebbe essere produttivo di azioni; ma, come mai esso ne produce? Secondo alcuni l'azione non deriva dal *pactum conventum*, ma dalla clausola *fidei fiduciae causa*, la quale fa parte del contratto solenne; ma questo non è ammissibile, essendo la *mancipatio* un atto solenne che in via principale non genera obbligazioni, e, quindi, neppure azioni: potrebbe al più generare un'*actio stricti iuris*, laddove noi ci troviamo di fronte ad un' *actio bonae fidei*, risultante dalla formola medesima.

Ma, si dice, quest'azione si spiega fondandosi su di una disposizione delle *XII tavole* (*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*): qualunque disposizione presa dalle parti nella *mancipatio* deve avere efficacia giuridica.

Non contestiamo che la giurisprudenza posteriore abbia colto l'occasione da quella disposizione per introdurre l'istituto della fiducia: ma, non si spiega perchè il *pactum conventum* in questo contratto forma una clausola a se, separata dal negozio principale, mentre la *mancipatio* fa parte del negozio principale. Non bisogna ritenere che negl'istituti del diritto antico si procedesse con quei criterii, che a noi sembrano i soli veri: a tal riguardo non è possibile pronunziare giudizii troppo assoluti. Talvolta il bisogno pratico costringeva ad ammettere l'azione in quel determinato caso: così, nella fiducia, il bisogno pratico si sarà imposto: prima la rigidità dei costumi romani permetteva che si facesse completo affidamento in una persona; ma, a misura che i costumi si resero meno severi, è probabile che que-

sto patto si sia considerato tutt'uno con la *mancipatio*, ed abbia spinto il pretore ad introdurre l'azione. Nel diritto posteriore, la *fiducia* si considerò come un patto e si riannodò alla *mancipatio*, che, per la clausola aggiuntavi, fu detta *fidei fiduciae causa*.

A far dubitare della frequenza dell'espressione *fidei fiduciae causa*, vi è un documento scoverto a Pompei nel 1887: si tratta di una mancipazione di due schiavi (*Simplex* e *Petrinus*) fatta da *Poppea liberta* a *Dicidia Margaris*: dopo una disputa si convenne che questa fosse una forma di *mancipatio fiduciae*: manca però l'indicazione *fidei fiduciae causa* che è nella *tavola betica*.

Data l'incertezza, noi dobbiamo ritenere che l'azione sia derivante dal patto congiunto alla *mancipatio*, e che sia ispirata alla manifesta disposizione della legge delle *XII tavole*. (1)

Questo *pactum conventum* precede o segue la *mancipatio?* Nella *tavola betica* vien dopo, ma come registrazione, perchè già prima di addivenire alla *fiducia* quel patto è stato fatto.

§ III.

Diritti del creditore. Il *fiduciario* è proprietario *ex iure Quiritium*, senza limitazioni di carattere reale: giuridicamente non vi è nessuna limitazione al diritto del creditore, cui la cosa fu consegnata; e non potrebbe in alcun modo opporsi il debitore a qualunque atto di disposizione del creditore, nè popotrebbe rivolgersi contro i terzi per la tutela della cosa, perchè ogni suo rapporto con essa è scomparso.

Ma, il creditore, diventando proprietario, non cessa di essere creditore, tanto è vero che le fonti parlano sempre di *creditore*: questo diritto reale non è una sostituzione del diritto personale di obbligazione, perchè il creditore resta tale, ma diventa anche proprietario. Questa osservazione ci spiega la differenza che passa tra la vendita *fiduciae causa* e quella con *patto di riscatto*: quando il venditore con patto di riscatto vuole

(1) Tavola VI.

riprendere la cosa, esercita un vero e proprio diritto, ed il compratore è vincolato in modo da non poter fare alcun atto di disposizione senza renderne conto al venditore. Nella *fiducia* il creditore non perde il diritto creditorio, ed il debitore ha diritto di riavere la cosa, quando abbia pagato il suo debito. Ma non ha azione di revindica, perchè nel diritto antico non era ammissibile una proprietà *sub conditione*: potrà invece intentare l'*actio fiduciae* contro il creditore che ha abusato della fiducia vendendo la cosa. E quest'*actio* è infamante: la *lex Iulia Municipalis* afferma che chi ha tradito la fiducia è colpito da incapacità.

§ IV.

L' *actio fiduciae* compete al debitore ed all' erede di lui, se hanno pagato: in tesi generale non può esservi dubbio che tale azione competa all'erede. Un passo di Paolo dice il contrario, ma non ha importanza, perchè pare che si riferisca a qualche caso speciale.

Suppongasi che la cosa data in *fiducia* sia perita: quale sarà la responsabilità del creditore? Egli è tenuto a rispondere del perimento avvenuto per colpa sua; ma non deve rispondere dei perimenti per caso fortuito o per forza maggiore.

Ma fino a qual punto l'esistenza del *pactum fiduciae* influisce sulla proprietà? Se è vero che il creditore può disporre della cosa, come spiegarsi la *lex venditionis*, espressamente convenuta nella *tavola betica*? Era necessario questo chiarimento? Il patto rende lecita la vendita di fronte all'*actio fiduciae*, quando sia trascorso il termine: anteriormente, il creditore, se non è pagato, non può disporre della cosa, ma deve tenerla in garanzia.

La *tavola betica* parla pure della *lex commissoria*, per cui quando al giorno stabilito il creditore non sia stato soddisfatto, senz'altro diviene proprietario della cosa.

La *lex venditionis* e la *lex commissoria* dimostrano come,

malgrado il diritto del proprietario sia assoluto, pure esso subisca l'influenza del rapporto personale.

§ V.

Per completare la trattazione della *fiducia*, occorre accennare ad un istituto di carattere tutto romano, che, riannodandosi alla *fiducia* stessa, costituisce nel sistema del diritto romano qualche cosa di eccezionale; cioè, l' *usureceptio fiduciae causa*. Quando il creditore avea ricevuto la *fiducia* per garanzia del proprio credito, occorreva che, per non privare il debitore del possesso e del godimento della cosa data in fiducia, riconsegnasse a titolo precario, o a titolo di locazione la cosa al debitore stesso, pur rimanendone proprietario. In tal modo si veniva ad avere il possesso giuridico nelle mani del creditore, e la semplice detenzione in quelle del debitore. Se, dopo il pagamento del debito, il creditore non faceva l'atto solenne della *remancipatio* della cosa, per trasferirne la proprietà quiritaria nel debitore, avveniva che lo stesso debitore, perdurando nel possesso della cosa per un anno dal giorno del pagamento, ne riprendesse l'antico dominio mercè la *usureceptio*, chiamata così appunto perchè non si trattava di vera usucapione, di *capio ex novo*, ma di *receptio*, cioè di ripristinamento di proprietà.

Questo non avveniva quando vi fosse stato il pagamento del debito; e neppure quando si trattava di deposito, di *fiducia cum amico*, perchè allora il deponente, ripigliando la cosa dall' amico, senza formalità di *mancipatio*, col semplice possesso di un anno, ne ridiventava proprietario quiritario.

Ma questa *usureceptio* non presenta tanta anomalia, quanto un altro istituto che avea luogo, anche quando il debito non fosse stato pagato. Il debitore, che aveva posseduto la cosa per un anno, anche senza aver pagato il debito, ne diventava proprietario, salvo che avesse avuto il possesso a titolo precario, o a titolo di locazione dal creditore: in altri termini occorreva che l'ottenesse per altra via, anche dolosamente, ma che non venisse dalle mani del creditore. Quest' istituto è detto *usuca-*

pio lucrativa, perchè manca il corrispettivo, che è di base all' *usureceptio*.

In tutti questi istituti si mira ad uno scopo pratico, far ritornare la proprietà della cosa nelle mani di colui che l' ha data pel solo scopo della garanzia: la legge facilita quindi il ritorno della proprietà, quando vi è stato il pagamento del debito, l'accorda con certa difficoltà, quando il pagamento non v' è stato; ad ogni modo non vi è un atto colpevole di fronte al creditore.

Quello che è caratteristico della *usureceptio* è come essa si compia in un anno, anche trattandosi d'immobili, laddove per gl'immobili l'usucapione ordinaria si compie in due anni.

Le spiegazioni tentate sono molte, la più probabile è che si tratti di un' interpretazione letterale di una legge delle *XII tavole*, che dice: *usus auctoritas fundi biennium*, *caeterarum rerum annuus usus est*. Qui non si usucapisce la cosa, bensì la fiducia, la quale non essendo nè cosa mobile nè immobile, va fra le *caeterae res*, delle quali l' *usucapio* si compie in un anno.

La *fiducia* dev'essere scomparsa posteriormente sotto Giustiniano, come la *mancipatio* e la *in iure cessio*; tuttavia è certo che si mantenne nella parte occidentale dell'Impero, come appare da documenti del quinto ed anche del sesto secolo, nei quali troviamo qualche *fiducia*, compilata con le forme dell'antica *fiducia* romana.

Nell'oriente invece la *fiducia* scomparve, nè esisteva quando Giustiniano fece le sue compilazioni.

Il pegno e l'ipoteca

§ 1.

Quando si parla di pegno e d' ipoteca nel diritto classico, giustinianeo ed anche nel diritto moderno, si allude ad una figura ben definita, per cui il creditore, a garanzia del proprio credito, ha diritto di vendere la cosa, quando non sia soddisfatto, e di rivalersi sul prezzo ricavato dalla vendita.

In buona sostanza il pegno e l'ipoteca danno diritto ad una

parte del valore della cosa, mirano cioè a garantire il creditore col valore della cosa; tanto è vero che qualche moderno scrittore ha ridotto la figura del pegno ad un *ius distraendi*: come le altre figure di diritti reali frazionarii consistono nel derivare dal diritto di proprietà uno degli elementi relativi alla disposizione della cosa, così il diritto di pegno e d'ipoteca consistono nel derivare dalla proprietà la facoltà di alienare.

Tuttavia questa figura, così caratteristica nel diritto classico, non è molto precisa nell'antico diritto, talchè la sua origine dà luogo a questioni gravissime.

§. II.

Per intendere bene l'importanza dell'istituto, e come il diritto classico si differenzii, a questo riguardo, dall'antico diritto, occorre fissare le azioni del creditore pignoratizio o ipotecario.

Il pegno e l' ipoteca si stabiliscono mediante convenzione, fatta col debitore o con chi dà la cosa in pegno pel debitore: da questa convenzione derivano:

a) azioni *personali* a favore del debitore, o di chi per lui, per la costituzione della cosa, in caso di soddisfacimento, per ottenere il risarcimento dei danni, arrecati alla cosa; per ottenere il pagamento del sopravanzo, quando il creditore abbia venduto la cosa data in pegno, per soddisfarsi del suo credito;

b) azione *personale* a favore del creditore, perchè possa rivolgersi contro il debitore, per farsi risarcire delle spese, fatte intorno alla cosa, e dei danni sofferti.

Ma il pegno e l'ipoteca hanno anche efficacia reale, e quindi subentra un altro ordine di rimedii giuridici, rimedii *petitorii* o *possessorii*, secondo che in essi si fa questione dell' esistenza del diritto, ovvero si tutela il possesso del creditore, indipendentemente dalla prova dell'esistenza.

a) Rimedii *petitorii*. *Actio quasi Serviana*, azione reale, con la quale il creditore fa valere il suo diritto di possesso contro qualunque persona detenga la cosa, anche se essa sia il debitore o chi ha dato la cosa per lui.

A quest'azione di revindica van congiunte tutte quelle altre, che, se il creditore fosse stato proprietario, sarebbero a lui servite, per tutelarsi contro le manovre de'terzi, cioè: *actio negatoria*, con la quale il creditore pegnoratizio fa dichiarare che non esistono servitù o altri diritti reali sulla cosa data in pegno; ed *actio confessoria*, per far valere tutte le servitù spettanti alla cosa.

Quando si tratta invece d'ipoteca, per cui non v'è passaggio di possesso nel creditore, allora il creditore pegnoratizio ha l'*actio pignoratitia*, allo scopo di farsi consegnare il possesso della cosa, ove il debitore col suo contegno ponga in pericolo la garanzia del debito.

b) Rimedii *possessorii*, che consistono negl'interdetti a tutela del possesso: *interdictum unde vi*, quando il creditore venga espulso con violenza; *interdictum uti possidetis*, o *interdictum utrubi*, nel diritto classico, secondo che si tratti d'immobili o mobili; e *interdictum uti possidetis*, nel diritto giustinianeo, quando il creditore venga turbato nel possesso: questi ultimi tre, *interdicta retinendae possessionis*, il primo, *interdictum recuperandae possessionis*.

È questo, come si vede, un gruppo di rimedii giuridici importantissimo.

§ III.

Occorre studiare ora come si sia venuto formando questo sistema di protezione del diritto reale del creditore.

Non sappiamo l'epoca in cui il diritto di pegno sia stato conosciuto; è certo che *pignus* è denominazione che troviamo fin dai tempi antichi; anzi è importante ricordare come una delle azioni nel sistema procedurale delle *legis actiones* fosse la *pignoris capio*. Quello che distingue quest'azione è che non occorreva precedente giudizio di cognizione, bensi si poteva accordare tutte le volte che la legge concedeva il diritto di procedere, appena fissato un punto di fatto: procedura di esecu-

zione, simile alla nostra procedura cambiaria, ed alla procedura delle imposte.

Invece con la *manus iniectio*, il creditore procedeva, per ottenere il pagamento, al sequestro della persona del debitore ed alla divisione materiale del debitore, che poteva essere tratto in ischiavitù, e venduto. La *lex Publilia*, come vedemmo, dispose che con la *manus iniectio* lo *sponsor* potesse far valere le sue ragioni.

La procedura *per pignoris capionem*, si ha in certi casi, in ordine al diritto pubblico ed al diritto sacro. Di quest' ultimo si hanno poche nozioni; si è sufficientemente informati invece quanto alla *pignoris capio* del diritto amministrativo romano.

Bisogna sapere che a Roma la retribuzione ai militari non si faceva sempre direttamente dallo Stato. L'*aes militare*, o retribuzione al soldato, era pagato dal questore; per l' *aes equestre* invece, cioè per l'indennità al cavaliere per la compra del cavallo, e per l'*aes ordearium*, indennità pel mantenimento dello stesso, si faceva ricorso ad altri ripieghi. A Roma le vedove dovevano contribuire con una speciale tassa, che serviva appunto per pagare l' *aes equestre* e l' *aes ordearium* ai cavalieri romani. Ora, quando non si poteva ottenere il pagamento, si faceva ricorso alla *pignoris capio*; si sequestrava un oggetto della debitrice, per ritenerlo fino all' effettuazione del pagamento. Non sappiamo se vi fosse egualmente il diritto di venderlo, certo noi troviamo il *pignus* in un senso, che si accosta più al concetto di garanzia.

Più importante ancora è quanto ci dice Festo a proposito del *foedus Latinum*, o *Cassianum*. Egli dà le spiegazioni delle parole che si leggono nelle *XII tavole*, e soggiunge: « Item in foedere Latino: Pecuniam quis nancitor, habeto, et: si quid pignoris nansciscitur, sibi habeto » (1) ed afferma che l'espressione si trova nel *foedus Latinum*, cioè in quel trattato fatto tra Roma ed i Latini nel 271, poco dopo la cacciata de' Re, nel quale

(1) Bruns. op. cit.

si stabilirono alcuni rapporti di dritto internazionale privato, come si direbbe oggi, fra Roma ed i Latini, accordando loro certi diritti.

Ma si domanda, che cosa significa *si quid pignoris nansciscitur sibi habeto?*

Data la brevità della proposizione e la semplicità della medesima, vi sono state troppe spiegazioni. Ma è da respingere l'opinione di coloro che vogliono che all'epoca del *foedus* in parola il diritto di pegno fosse disciplinato, così come lo è nel diritto classico, con tutela giuridica.

L' opinione più probabile invece è che il *foedus latinum* si riferisse ad un procedimento esecutivo, alla *pignoris capio*, e che quel procedimento si riconoscesse anche per i Latini, cosa non molto difficile, data la simiglianza di origine delle istituzioni di Roma e del Lazio.

Ad ogni modo con quel *sibi habeto* non si ha nessuna sanzione precisa e particolareggiata di quel che fossero i diritti del creditore : si detiene la cosa, ma vi è diritto di venderla, di riprenderla per via petitoria, o possessoria?

Si può escludere la tutela possessoria, anche per un altro riflesso; chè nel 271 non si può parlare d'interdetti possessorii, i quali sono creazione del diritto pretorio, che fu istituito nel 305.

Certo troviamo fatta parola del *pignus*, nel senso ultimo romano, in tempi che si accostano all'impero, ma di discussione precisa sull'*actio pignoratitia in rem* non si parla che in Labeone. Quindi alcuni vogliano far risalire a Labeone stesso la dottrina dell'azione pegnoratizia, altri vogliono giungere al II secolo, altri infine al *foedus Cassianum.*

È da ritenere che l' istituto del pegno appartenga ad un periodo anteriore a quello di Labeone; e che, anche nei primi tempi, il creditore pegnoratizio avesse il diritto di ritenere la cosa per garanzia del suo credito, soltanto, non già quello di venderla.

Fu osservato che, se così fosse, non si avrebbe più garanzia, poichè, uscita una volta la cosa dalle mani del creditore, la garanzia verrebbe meno, senza che il creditore potesse op-

8

porsi con *l'exceptio doli* nel periodo delle *legis actiones*, procedimento che ammette azioni, non eccezioni, come *l' excepio doli*, che è creazione degli ultimi tempi della repubblica.

Questo non proverebbe molto perchè, quando indaghiamo le origini di un istituto, non dobbiamo credere che esso sia sorto con una tutela perfetta, che presenti caratteri ben delineati. Si deve por mente che in Roma molti istituti si sono formati sotto la tutela della pubblica opinione, sotto la tutela del *mos*, non dello *ius*: ed è qui che deve cercarsi la prima forma di tutela del pegno. Il debitore che non voleva, con la *fiducia*, esporsi al rischio dell'alienazione, poteva consegnare la cosa al creditore, perchè la ritenesse indefinitamente e la consegnasse, solo dopo il pagamento del debito.

Dunque nessun diritto a favore del creditore; tuttavia se uno, dopo aver data la cosa in pegno, l'avesse tolta, senza pagare, si sarebbe reso colpevole di fronte alla pubblica opinione, che l'avrebbe considerato indegno di assumere il nome di cittadino.

Forse, dunque, ad imitazione della *pignoris capio* si è venuta formando la tutela del pegno: come nella procedura del diritto militare antico, si poteva, come abbiamo visto, ottenere garanzia, sequestrando anche con violenza oggetti della debitrice, così è probabile che anche nel pegno si sia ottenuto l'istesso, per consenso della parte.

Ma non si rimase e questo punto; qualche caso di mala fede si verificò, ed i ripieghi del debitore, rivolti a sottrarre la cosa, richiesero l' intervento del pretore. Infatti il debitore poteva far togliere la cosa al creditore, anche con violenza, senza che questi avesse come difendersi; ad evitare che il creditore rimanesse disarmato contro gli attacchi dei terzi il pretore gli accordò una tutela possessoria, perchè fosse mantenuto nel possesso della cosa.

§ IV.

Uno dei punti più difficili, nella teoria del diritto possessorio romano, si è quello del possesso del creditore pegnoratizio.

Se il possesso, si dice, è l'esercizio di un diritto, l' esplicazione del diritto stesso, come spiegarsi nel creditore pegnoratizio un possesso, senza un diritto?

Ecco perchè qualche recente scrittore ha detto che la tutela possessoria del creditore pegnoratizio vien dopo la tutela petiria, che gl'interdetti furono accordati, solo dopo l'*actio in rem* (*Serviana*); appunto, così si spiegherebbe perchè il creditore possiede, si spiegherebbe questo possesso del creditore, che non sarebbe altro che l'esplicazione del suo diritto. Ma questa ipotesi non è ammessibile. Se fosse vero che la tutela possessoria sia venuta posteriormente al diritto, non si potrebbe spiegare perchè, invece di accordare il possesso della cosa, non si sia accordato quello del diritto.

Si è detto ancora che il diritto di pegno, per sua natura, si sottrae all'esercizio, in quanto che il possesso ammette una serie continuata di atti, laddove l'esercizio del diritto di pegno si concentra in un solo atto , che è quello della vendita. Ma , anche questo è erroneo , perchè il diritto di pegno è suscettibile di possesso.

Bisogna distinguere il diritto di pegno nello stadio di quiete, dal diritto di pegno nello stadio di movimento, cioè dall'azione ipotecaria.

Il primo importa il diritto del creditore di tenere la cosa , di custodirla, difenderla per propria garanzia, il diritto d'impedire che il debitore menomi le garanzie, quello di farsi consegnare la cosa. Ora qui non manca una serie di atti, tale da escludere il possesso del pegno. Manca invece nel secondo periodo, quando il pegno si concreta in un solo atto, cioè nel diritto di vendere; e in questo stadio, a differenza che nel primo, sicuramente non si può parlare di possesso.

§ V.

Se il diritto di pegno fosse stato giuridicamente riconosciuto, la protezione possessoria sarebbe stata possibile, e sarebbe venuta appunto come conseguenza del riconoscimento del diritto di pegno. Dal fatto che noi troviamo molto prima la protezione possessoria, deduciamo che l'ordinamento giuridico romano, non ha attribuito alcuna *possessio iuris* al creditore, perchè il diritto non era ancora ammesso.

Resta a spiegarsi come questo creditore che non ha l'*animus domini*, possa avere il possesso della cosa. Le ipotesi sono moltissime, è nota quella del *Savigny*, secondo il quale si avrebbe un possesso del debitore, affidato al creditore (*possesso derivato*). Il creditore pegnoratizio ha dunque la *possessio rei*: quando gli fu accordata la protezione possessoria, egli non aveva ancora alcun diritto reale sulla cosa. Ma come si venne stabilendo questo diritto reale? La cosa è contestata, nè si trovano punti di appoggio sicuri; tuttavia, uscendo dal campo degli scrittori giuridici, è facile trovare una via.

É certo, che il primo documento il quale attesta dell'efficacia giuridica del pegno, è il *de re rustica* di Catone: il quale riferisce le diverse formole, con cui si conchiudevano i contratti relativi all'agricoltura: nella *lex oleae pendentis* si parla di chi ha comprato le olive prodotte da un fondo:

« Dies argento ex Kalendis mensium X oleae legendae faciundae quoque locata est: et si emptor locarit idibus solvito. Recte haec dari fierique satisque dari domino aut cuius erit promittito. Satisque dato arbitratu domini. Domino cum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo illata erunt, *pignori sunto*. Ne quid de fundo eorum deportato. Si quid deportaverit, domini esto. Vasa, torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et aliud datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt. Si non reddet, aequum solvito. Si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerit non solverit, cui dari oporte-

bit, si dominus volet, solvat. Emptor domino debito, et id satisdato proque ea re ita uti, s. s. est: item pignori sunto. »

Il compratore delle olive promette di far tutto ciò che è contenuto nei patti; come, di dar cauzione al *dominus*, o a colui al quale il *dominus* dà ordine (*arbitratu domini*).

È stabilito che, finchè non si sia effettuato il pagamento, o data soddisfazione al *dominus*, le cose importate nel fondo siano in pegno, e che non si trasporti nulla dal fondo, senza il permesso di costui.

Se il compratore delle olive non abbia pagato la mercede agli operai ed ai coloni, il proprietario del fondo ha facol'' di pagarla, e, per riguardo a queste obbligazioni ed a quelle contratte per il raccolto, dev'essere risarcito dal compratore, e, in tutti i modi, vi è garanzia pegnoratizia sugli oggetti e r raccolto.

Sorgono su questo parso questioni interessanti per intendere la storia del pegno: si tratta di una locazione o di una vendita? Guardando alla parola del passo, può sembrare che si tratti di vendita e non di locazione, ma è assai più probabile interpretarlo nel senso di locazione, sia perchè nella formola che segue se ne parla, sia perchè, ai tempi di Catone, molte volte la vendita e la locazione si confondono: vi sono dei casi in cui non è ben chiaro se si parli di vendita o di locazione. Specialmente nel diritto pubblico, da cui sono tolti i conce" di vendita e di locazione, gl'istituti si confondono; talchè il parlare qui di vendita, non toglie che in pratica il rapporto sia identico.

Si ha qui un pegno nel senso vero proprio: vi è il possesso per parte del proprietario del fondo. Il Karlowa ha affermato che si tratta di vendita di frutti e non di locazione, e che questi oggetti in tanto sono nel possesso del proprietario del fondo, in quanto furono introdotti nel fondo medesimo.

Ma, è da credere piuttosto, che chi porta questi oggetti nel fondo, non ne perda il possesso; anche se si voglia ammettere che si tratti di vendita dei frutti e non di locazione, perchè è chiaro che, il fatto che questi oggett' siano nel fondo, non li

toglie alla immediata disposizione del compratore per raccogliere i frutti: quindi il detentore è sempre il compratore. Talchè qui abbiamo un vincolo pegnoratizio che si conchiude, senza passaggio di possesso nel creditore pegnoratizio: è qualche cosa che si accosta al concetto posteriore dell' ipoteca, con la differenza che nell'ipoteca il possesso resta nelle mani del debitore, e qui invece il possesso non passa nel creditore, ma questo può impedire l'asportazione degli oggetti dal fondo.

Questa figura si discosta più dal pegno primitivo, che non l'ipoteca.

Posto quello che vuole il Karlowa, noi abbiamo dei casi in cui Catone parla di locazione, e dice che gl' *invecta et illata pignori sunto:* e quindi, nelle ipotesi di locazione e di vendita dei frutti, si ha un rapporto analogo, sempre per quel riflesso che qui vi è una specie di disposizione a favore del creditore. E, da questo diritto di pegno, deriva qualche effetto giuridico: vi è la dichiarazione che il creditore pegnoratario diventi proprietario anche delle cose *invecta et illata*, quando queste non sieno state tolte dal fondo. È una specie di *patto commissorio*, in forza del quale il proprietario, quando i patti siano stati violati, *ipso jure*, ha la proprietà degli oggetti: *si quid deportaverit, domini esto.*

Qualcuno ha voluto trovare in questa formula una prova dell'esistenza dell'*actio pignoratitia* reale a favore del creditore. Si dice a tal proposito: è principio generale che non si ammette il passaggio della proprietà senza passaggio del possesso. Questo è vero in tesi generale; ma qui si ha l' applicazione di un concetto del diritto pubblico; infatti quando un tale doveva pagare un dazio relativo ad una cosa e non lo pagava, il *publicanus* (*appaltatore*) diventava proprietario dell'oggetto, il quale cadeva *in commissum.*

Qui la proprietà passa *ipso iure*, e si spiega: se vi fosse l'azione ipotecaria, non vi sarebbe bisogno di questa quasi confisca della cosa, perchè, quando al creditore si dà garanzia che, sarà pagato sulla cosa, non si può più parlare di proprietà.

Un' altra formola di Catone, è relativa alla locazione dei

pascoli: in essa è detto che, fino a quando non si sia pagato il canone dell'affitto, o non si sia data garanzia per il pagamento, il gregge e gli schiavi addetti *pignori sunto*: anche qui si riscontra la garanzia sugli *invecta* et *illata* pel pagamento del canone. E questo dimostra che non solo nel caso della vendita, ma anche in quello della *conductio* si ha il medesimo rapporto.

§ VI.

Da ciò si ricava un primo argomento per stabilire come si venne svolgendo la figura del diritto reale d'ipoteca: dalla figura del diritto di pegno si sarebbe passato ad una figura speciale, che ha efficacia, solo quando vi sia asportazione della cosa: tolta la garanzia, si ha il passaggio della proprietà nel creditore.

Tutto questo fa supporre che all'epoca in questione non vi fosse protezione possessoria: se vi fosse stata, il creditore avrebbe potuto riavere questi oggetti, valendosi dell'interdetto. L'unica garanzia è dunque quella della perdita della proprietà; ma noi troviamo subito dopo figure che si presentano assolutamente più energiche: ed in generale tutte le volte che si affitta un fondo rustico, gli oggetti che vi s'introducono si considerano come pegnoratizii. Prima questa garanzia si soleva pattuire, poscia per consuetudine si sottintese, e finalmente trovò la sua sanzione in un interdetto possessorio (*interdictum Salvianum*) rivolto a riprendere gli oggetti asportati, senza il consenso del proprietario, sia che non si fosse pagato il fitto, sia che non si fosse in altro modo data soddisfazione. Solo, che questo interdetto era meno efficace, in quanto era annale, e non si poteva proporre contro i terzi.

Quando si andò più oltre, palesandosi l'interdetto insufficiente, il pretore intervenne, accordando l'*actio Serviana* con cui si ripigliava la cosa contro qualunque persona: essa compete al locatore di fondi rustici, contro chiunque si trovi al possesso degli *invecta et illata*. Quanto ai fondi urbani, il proprietario aveva diritto di perseguitare gli oggetti in essi esistenti; ma, se egli ingiustamente impediva all'inquilino che

aveva pagato, di asportare i suoi mobili, si accordava a costui *l'interdictum de migrando.*

Da quest' *actio Serviana* ha preso grande sviluppo la garanzia pignoratizia, sicchè in tutti i casi di vincolo si aveva la la tutela reale, e, perdendosi il possesso, si aveva l' azione per ripigliarlo.

Se il venditore non avea avuto il possesso della cosa, gli si accordava l' *actio hypothecaria quasi Serviana*, per perseguitare la cosa in mano di qualunque possessore, sia per ottenerne il possesso, sia per avere la cosa e venderla. A questo modo il creditore pegnoratizio o ipotecario aveva piena garanzia petitoria e possessoria.

Bastava che il creditore avesse pattuito il vincolo ipotecario: la ipoteca sorgeva per la semplice convenzione. Questo a prima vista par che ripugni al concetto romano: le fonti, in vero, dicono che occorre la *traditio* per l' acquisto della proprietà, ma, per gli altri diritti reali, questo non è espressamente detto.

Come spiegarsi la costituzione di un diritto reale per un semplice patto? Alcuni sono d' opinione che il diritto reale d' ipoteca sia di origine greca: questo *pactum hypothecae*, essi ritengono che sia modellato sul concetto greco.

È ammessibile questo? Bisogna ritenere che il diritto reale d' ipoteca sia veramente nazionale, e le varie figure studiate finora ci permettono di dimostrarlo. Cominciamo dalla *subsignatio praediorum*: in forza di questa lo Stato, senza trasferimento di possesso, acquistava un dritto di garanzia sui *praedia subsignata.* Dalla formula di Catone, che abbiamo esaminato, si rileva che si poteva avere garanzia, senza bisogno di trasferimento del possesso,

In questa formola troviamo la spiegazione del *pactum hypothecae* ed il punto di passaggio dell'istituto del pegno a quello dell' ipoteca: nella formola suddetta ci troviamo di fronte ad un contratto di locazione, il quale si conchiude verbalmente: conchiuso il contratto, ne derivava, senz'altro, il vincolo pegnoratizio: l' essere consensuale il contratto di locazione ha fatto sì che il semplice consenso bastasse per costituire l'ipoteca. E tutto

questo ha un carattere perfettamente romano: nella formola stessa di Catone noi troviamo l'antitesi (*pignus*) del termine greco;e allora, perchè ricercare nel diritto greco l' origine dell' ipoteca? Il semplice nome non basta ad attribuirle questa origine: quando Roma conquistò la Grecia, si ebbe modo di conoscere parecchi istituti del diritto greco, e qualcuno di essi dovette influire in tal modo sulla determinazione pratica dell'istituto del pegno già esistente, che i Romani mutuarono da quel diritto la denominazione di *hypotheca*. Forse anche qualche disposizione fu mutuata dal dritto greco, ma l'istituto dell' *ipoteca* ha tali precedenti nella storia del diritto romano, che non occorre ricercarne l' origine altrove.

III. Considerazioni generali sulla storia delle garanzie reali e personali.

§ I.

La garanzia personale in tutti i periodi della storia di Roma è stata preferita alla garanzia reale. Dimostreremo con prove dirette quest'affermazione, per ricercarne la ragione.

Non si può ignorare come i più recenti scrittori siano di accordo su questo punto, che la garanzia personale si presenti fin dai primordii, come qualche cosa di profondamente connaturato alla organizzazione sociale romana. Abbiam visto infatti in quelle *leggi Catoniane*, ed in quel passo di Labeone, come il pegno rappresenti una stadio provvisorio, destinato a scomparire di fronte alla garanzia personale.

Il pretore e le leggi si trovano spesso nella necessità di non ammettere certe persone al godimento dei dritti, se non prestino garanzia pel futuro, ed in certi casi impongono di dar cauzione pel futuro, per evitare conseguenze dannose Ora interessa notare che, ogni qual volta il pretore o la legge impone l' obbligo di dare cauzione, si parla di *satisdatio*, cioè di garanzia personale; anzi le nostre fonti affermano genericamente

che, quando si parla di garanzia, la si deve intendere personale.

Così nella L. 7 D. de stipul. praet. XLVI. 5: « Praetoriae satisdationes personas desiderant pro se intervenientium, et neque pignoribus quis, neque pecuniae, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur. »

Qui si dice che la garanzia imposta dal pretore nell'editto non può essere che personale, nè si può supplire con pegno ovvero con deposito di una somma di danaro, di oro o di argento: affermazione energica dunque della preferenza che il diritto pretorio ha per le garanzie personali.

Tuttavia vi sono due casi in cui si ammette garanzia reale, invece di garanzia personale; ma, anche in questi casi, la garanzia personale è in prima linea: solo può essere supplita dalla reale.

1. Il primo caso è quello della *collatio bonorum*, di cui si parla nella L. I § 9 D. de collat. XXXVII. 6: « Iubet autem Praetor ita fieri collationem, ut certo caveatur. Caveri autem per satisdationem oportere, Pomponius ait. An pignoribus caveri possit videamus? Et Pomponius lib. LXXIX ad Edictum scripsit, et pignoribus recte caveri de collatione: et ita ego quoque puto. »

Vediamo prima che cosa fosse questa *collatio bonorum emancipati.*

Quando il figlio di famiglia era emancipato, cessava il principio *quidquid filius adquirit, pater adquirit*: e, mentre per diritto civile era escluso dalla eredità, essendo rotti i vincoli agnatizii, era ammesso dal pretore al possesso dei beni, con la *bonorum possessio secundum tabulas* o *contra tabulas*. Solo questo figlio emancipato si trovava in una condizione privilegiata rispetto ai suoi fratelli, i quali avevano lavorato pel padre loro, ed intanto venivano ad avere del patrimonio paterno, impinguato colle loro fatiche, una porzione uguale a quella dello emancipato, che non avea lavorato che per sè. Il Pretore quindi interveniva, ed ammetteva il figlio emancipato alla successione,

solo se avesse data cauzione di conferire al patrimonio paterno quanto avesse acquistato.

È in questo istituto l'origine della collazione del diritto successorio.

Ora sorge la quistione, se la garanzia che il figlio doveva prestare, fosse reale o personale. Pomponio ed Ulpiano sono di opinione che la garanzia normalmente dovesse essere personale; ma che non si poteva escludere l' ammissione della garanzia reale, come qualcosa di eccezionale.

Ma, perchè si ammette qui la garanzia reale, laddove abbiamo visto che alla *satisdatio* generalmente non si può supplire con pegno o deposito di somma di danaro? La risposta è agevole. Quando si tratta di garanzia personale i naturali *sponsores* sono i parenti più stretti. Ora, era difficile trovare fuori dei fratelli, altri parenti che garantissero costoro, e quindi il pretore si contentava della garanzia reale, di una cauzione: e notisi, che nel passo non si parla di *satisdatio*, come nell'editto pretorio, ma si usa l'espressione vaga *cavere*, la quale non si sa se sia adoperata esattamente.

II. L' altro caso, in cui l' editto ammise la garanzia reale, è quello dell'*addictio bonorum libertatis servandae causa*. Quando un testatore lasciava un patrimonio oberato di debiti, accadeva sovente che l'erede non accettava l'eredità, per modo che, venuta meno l'istituzione di erede, cadevano pure le liberalità, le manomissioni. Questo per stretto diritto: solo sotto gli Antonini fu riconosciuto che gli schiavi manomessi potessero domandare l'*addictio bonorum*, prestando garanzia pel pagamento dei debiti. Anche qui la garanzia è reale, e si spiega benissimo. Difficilmente lo schiavo in Roma può trovar garanti, poichè la garanzia trova radice nel vincolo di parentela, e lo schiavo non ha parenti, è una monade che non si trova in nessun organismo familiare.

Queste due non sono adunque che eccezioni alla regola generale, che cioè ogni qualvolta la legge o l' editto impongono cauzione, essa non sia che personale.

D'altra parte nella L 25 D. de divers. regul. iur. L 17,

Pomponio dice: « Plus cautionis in re est, quam in persona ». Per spiegare l'antinomia, occorre spiegare la ragione della preferenza della garanzia personale alla reale.

§ II.

La ragione della preferenza della garanzia personale si deve ricercare in un duplice ordine d'idee, ed anzitutto nel difettoso sistema di garanzia reale che, in tutti i periodi della storia di Roma, non ha ispirato la fiducia del creditore. Abbiamo visto come la *fiducia* avesse l'inconveniente di spogliare il debitore della proprietà della cosa, affidandola tutta nel creditore. Il *pignus* non dà il diritto di vendere, onde il creditore è rimesso alla buona fede del debitore. D' altra parte, quando si tratta di garanzia reale, occorre vedere il grado di collocamento del credito pegnoratizio o ipotecario. Il principio generale che domina tutto il campo dei diritti reali è *prior in tempore, potior in iure*: mancando ogni mezzo di pubblicità, come può il creditore accertarsi se sarà soddisfatto?

Evidentemente sonvi dei pericoli gravi, anche quando, nel diritto classico progredito, si è accordata una specie di tutela reale.

Ed anche la specialità manca nel diritto romano, il quale non riconosce che ipoteche generali: e questo contribuisce a dare alla garanzia reale sicurezza minore.

Ma vi è anche un altro ordine d'idee. A Roma predomina nel primo periodo l'organizzazione gentilizia: la garanzia personale è il portato di questa organizzazione. Quando entriamo in un determinato gruppo sociale, troviamo altri gruppi minori, legati da vincoli di parentela o di altro genere, e, fra le persone strette da questi vincoli, obblighi che hanno un carattere morale e sociale più energico degli obblighi civili. Strettissimi, ad esempio, erano i rapporti fra patroni e clienti. Gli stessi *gentili* erano stretti da vincoli di parentela non solo, ma di qnella associazione politica, che era la base della costituzione di Roma; in comune avevano i sepolcri, e fra gli obblighi principali vi

era quello di soccorrersi, e, specialmente importante, quello di far garanzia: così fra patrono e cliente.

Nei tempi antichi, accanto a poche famiglie, ai maggiorenti di Roma, troviamo da un canto una plebe disorganizzata e dall'altro persone che s'incorporano nel sistema gentilizio, partecipando della *gens*, i clienti. In Aulo Gellio è riferita minutamente la dottrina dei giuristi antichi sui rapporti fra patroni e clienti: fra le persone, cui incombe l'obbligo di soccorrere, solo dopo il genitore ed il pupillo, e prima degli altri parenti e degli ospiti stessi, sono collocati i clienti. Quando il patrono tradisce la fede, *sacer esto*, secondo le *XII tavole*: è considerato fuor della comunità ed a chiunque è dato impunemente anche di ucciderlo. Appunto in base a questi vincoli, i clienti erano obbligati a far da garanti pei patroni, e viceversa.

Dato quest' organismo, la garanzia personale è qualche cosa di naturale, perchè non sta ad accertare il soddisfacimento dell'obbligazione soltanto, ma anche la moralità e l'onestà del debitore. Se troviamo l'affermazione di Pomponio in contrario, vuol dire che essa è adoperata per un riguardo speciale. Il Lenel ha osservato che questo passo per sè non si può intendere: esso fa parte di quel titolo *de diversis regulis iuris*, ove i compilatori han collocati frammenti tolti da ogni parte, i quali, separati dal caso pratico al quale si riferivano, han perduto tutto il loro carattere originario. E difatti difficilmente i giuristi espongono regole generali, ma si riferiscono a casi speciali: valga l'esempio della massima *quod tibi non nocet et alteri prodest facile est concedendum*, la quale, applicata nella sua generalità, sconfinatamente, menerebbe all'assurdo.

Ora, il Lenel osserva nella Palingenesia che, nel libro precedente a quello donde è tratta l'affermazione di Pomponio, cioè nel lib. 10 *ad Sabinum*, Pomponio tratta la questione; se possa concedersi in tutti i casi l'*actio furti* al creditore pegnoratizio, quando gli è rubata la cosa. Questa azione, si dice, non si concede se non a chi ha interesse, ed in tal caso il creditore pegnoratizio non ha interesse, potendosi rivolgere sempre contro il debitore. Invece Pomponio è d'opinione che la

si possa concedere; e forse in quest'occasione avrà detto *plus est cautionis in re, quam in persona*; in altri termini, egli avrà detto, qui non si può dire che non vi ha interesse, poichè è sempre meglio rifarsi sulla cosa, anzi che ricorrere a persona, che può diventare insolvente.

E il concetto di Pomponio si spiega meglio, quando si pensi che nella L. 1 D. de superfic. XLIII. 18, si dice che l'azione reale è da preferirsi alla personale. Questo è un principio generale vero, quando ci troviamo di fronte alla semplice superficie; ma il dubbio invece sorge nel vedere, quando vi sia la garanzia personale, se questa debba preferirsi alla reale.

Dunque, il passo di Pomponio si spiega bene, quando si riferisce al caso speciale; e poi, posto che sia vero che nel diritto ultimo la garanzia reale abbia acquistata sussistenza, all'epoca di Pomponio, la garanzia personale avea sempre il sopravvento. Si può credere che Pomponio, un giurista che rispetta le idee antiche, commentando Sabino, abbia affermato, in linea generale, un concetto che contraddice alle idee di quei tempi?

§ III.

La garanzia reale si presenta in Catone ed in Labeone come qualche cosa di provvisorio, che tende a scomparire, quando sia data garanzia personale. Riferendoci all'epoca, in cui furono scritte le *leggi Catoniane*, si capisce che vi è differenza di scopo fra la garanzia pegnoratizia e quella personale in genere. Nel pegno, a quell'epoca, non vi è che il diritto di detenere la cosa: vi è attuazione indiretta del diritto, ma manca il diritto di vendere, manca ogni mezzo di soddisfacimento; nella fideiussione, invece, questa coazione diretta vi è, perchè quando il creditore accetta quei determinati *sponsores*, sa di poter contare sulle loro persone e sul loro patrimonio. Avveniva quindi che il pegno era dato provvisoriamente, fino a che non si trovasse chi poteva assicurare il soddisfacimento del debito.

E quest'istituto del pegno ebbe larga applicazione nelle locazioni di beni rustici. In Roma la povera gente, i *tenuiores* sol-

tanto prendevano in affitto beni e case, poichè i patrizii occupavano *l'ager publicus*, che poi distribuivano ai clienti, dietro corrispettivo di una somma di danaro. Talchè, trattandosi di persone che non avevano patrimonio, nè potevano offrire garanzie personali, si ricorreva a ripieghi, cioè a garanzie reali, le quali venivano meno, se per avventura si fossero trovati garanti.

Tutto derivava quindi dalle condizioni sociali: la procedura esecutiva, come appunto dimostra lo Ihering, era soltanto a vantaggio dei ricchi; i *tenuiores* invece erano alla mercè di chi affittava loro beni e case, il quale poteva liberamente espellerli dal fondo.

Tutto questo è una conferma del principio che, anche negli ultimi tempi e nelle collezioni giustinianee la garanzia personale, garanzia di moralità, abbia avuto la prevalenza sulla garanzia reale; salvo le due eccezioni, di cui abbiamo tenuto parola, e il caso in cui non si potessero trovare *sponsores* o *adpromissores*.

E ciò per un altro riflesso, perchè il pretore, nell'accordare vantaggi o nell'evitare svantaggi a certe persone, non preferiva chi avesse mezzi per garantirsi, ma piuttosto l'uomo onesto. È nell'equità che si fonda il dritto pretorio, ed appunto in base a questo trattamento equo, non solo il ricco non è in condizione privilegiata rispetto al povero, ma, gli è preferito il povero, quando non possa offrire garanzia personale. Poi, anche per un' altra ragione, perchè, non solo l' *adpromissor* poteva influire moralmente sul debitore, ma lo stesso debitore, pel quale era infamante lasciare che il creditore si rivolgesse ad altri per farsi pagare, faceva il possibile per soddisfare l'obbligazione; senza notare infine che la deperibilità della cosa poteva rendere inferiore la garanzia reale alla personale.

Esposizione sistematica delle varie figure di garanzia nel diritto giustinianeo.

Esaurita l' esposizione storica delle figure di garanzie personali e reali nel loro svolgimento, occorre fare uno studio completo dello stato in cui gl'istituti di garanzia, esistenti nel diritto giustinianeo, sono pervenuti, esaminare l'essenza di ognuno di essi e le conseguenze pratiche che ne derivano.

I. Garanzie personali.

La fideiussio, il constitutum debiti alieni, il mandato qualificato.

Per formarsi un concetto chiaro e preciso della condizione del diritto all'epoca di Giustiniano, è mestieri tener presenti la *fideiussio*, il *constitutum debiti alieni* ed il *mandato qualificato*.

Punto comune a tutti tre è l' esistenza di un obbligo personale rivolto ad assicurare un'altra obbligazione: questo scopo economico si può giuridicamente raggiungere in vari modi.

§ I.

La *fideiussio* è un contratto verbale solenne, che si perfeziona con la pronunciazione di parole solenni, interrogazione da una parte e risposta dall' altra, secondo il concetto tipico della *stipulatio*. Ma, questo originariamente: col progredire delle idee giuridiche, si venne ad ammettere, nell' epoca imperiale, che con qualsiasi espressione, e con qualsiasi lingua la stipulazione fideiussoria avesse efficacia.

Quando diciamo che la stipulazione si conchiudeva per via di contratto verbale solenne, noi ci riferiamo piuttosto al diritto antico che al giustinianeo: in quest'ultimo la conclusione della stipulazione fideiussoria risente dei mutamenti apportati alla stipulazione in genere.

§ 7 Inst. *de inutil. stip.* III. 20. « Si scriptum in istrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si in interrogatione praecedente responsum sit. »

La dichiarazione contenuta nello scritto fa presumere che la stipulazione sia avvenuta: ecco perchè si dice la stipulazione, *res quae ex scripto agitur.*

L'applicazione di questo principio alla fideiussione si trova nelle stesse istituzioni di Giustiniano, § 8 *de fideius.* III, 21. « In stipulationibus fideiussorum sciendum est hoc generaliter accipi: ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solemniter acta. »

Quando dallo scritto risulta la stipulazione, si presumono la domanda e la risposta.

E questo, che è registrato nelle fonti, è compreso anche nel digesto, L. 30 D. *de verb. obl.* XLV. 1: « Sciendum est generaliter, quod si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solemniter acta. »

Questo passo, attribuito ad Ulpiano, non è genuino: non è possibile che lo stato del diritto, all'epoca degli Antonini, fosse tale. È da ritenere che i compilatori l'abbiano introdotto nel digesto per sanzionare quello stato del diritto, che si presenta nelle istituzioni. Nel secondo e terzo secolo dell'impero non siamo ancora arrivati al punto della presunzione che un fatto sia stato stipulato, sol perchè è scritto che vi è la promessa. Questo solo passo ci dice che all'epoca degli Antonini era ammissibile simile presunzione. Le parole stesse del passo legittimano il dubbio: non si può ammettere che Ulpiano si serva della frase, *omnia solenmiter acta*, la quale non è molto classica, ma del periodo giustinianeo.

E, questo che abbiamo affermato, diviene più evidente, quando si pensi che, talvolta, i compilatori del *corpus iuris* incorrevano in errori, per armonizzare i passi e farli servire all'esigenze dell'epoca in cui scrivevano. Per citare un esempio, la parificazione dei legati con i fidecommessi fu effettuata mediante una costituzione di Giustiniano: nella L. 1 D. *de legat. et fideicom.*

XXX. 1, si legge questo passo di Ulpiano: « Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis ». Il passo contiene un errore storico, e questo si spiega, se si pensi che Giustiniano ha dovuto introdurre una disposizione, che segnasse il pareggiamento delle figure suddette.

§ II.

Dunque, la *fideiussio* si conchiude verbalmente.

I. Dall'essere un contratto verbale solenne e, dall'avere una grande facilità di prova al tempo di Giustiniano, deriva che per diritto romano, la *fideiussio* non può essere tacita; ma questo concetto è ben diverso da quello del moderno diritto civile, per cui la fideiussione non si presume. Il principio del diritto romano si spiega per la forma stessa con cui il rapporto giuridico è regolato: il diritto moderno, invece, vuole indicare come norma indeclinabile, per chi interpetra un atto, che occorre la prova manifesta dell' intenzione di far fideiussione: non basta che l' intenzione di far garanzia sia resa probabile e quasi sicura dal modo di regolare il rapporto giuridico.

II. Dall'essere contratto verbale la *fideiussio*, deriva che esso è un contratto *stricti iuris;* quindi si applicano ad essa tutti i principii di quei giudizii, in cui il giudice non ha ampia libertà di apprezzamento, ma deve restringere il suo esame entro l' orbita di ciò che è stato stabilito dalle parti, con tutte le altre conseguenze derivanti dalla natura *stricti iuris* del contratto. Ma, da una norma che vedremo, deriva la conseguenza che rende in certi casi la *fideiussio* quasi come un contratto *bonae fidei.* E la norma è questa: la *fideiussio* può garantire qualunque specie di obbligazione (*verbale, letterale, consensuale, reale*), sia *stricti iuris*, sia *bonae fidei;* se il fideiussore *idem fide sua esse iubet*, è chiaro che il giudice, nel determinare l'obbligo di lui, segua i criterii che disciplinano l'obbligo principale, e, di conseguenza, se questo è di buona fede, segua i criterii della buona fede.

III. Come *stricti iuris*, e, come verbale, la *fideiussio* è uni-

laterale; in forza di essa è obbligato il promittente e non lo stipulante.

Ed è questo un rilievo importantissimo, anche pel nostro diritto: nel contratto di fideiussione l' obbligo è solo da parte del fideiussore.

Questo punto di diritto è contrastato da qualche scrittore e da alcune sentenze: fra i romanisti il Maynz, fra i civilisti il Laurent, e, infine, la cassazione di Torino, hanno messo innanzi che, per certi riguardi, possa essere obbligato anche il creditore.

Il concetto da cui partono è il seguente: tutti i contratti sono di buona fede, quindi, nell' esecuzione della fideiussione, anche il creditore è obbligato a comportarsi secondo le norme della buona fede: se il creditore col suo contegno reca danno al fideiussore, questi ha azione contro il creditore, in base al fatto produttivo del danno.

Per diritto romano, il Maynz non sostiene questo, perchè, per diritto romano, non vi può essere azione a favore di chi promette; ma, egli sostiene che vi siano due importanti benefici a favore del fideiussore. Il primo è questo, che il fideiussore che ha pagato si fa cedere dal creditore tutte le azioni a costui competenti contro il debitore principale. Il secondo è il beneficio di escussione: il creditore, prima di rivolgersi contro il fideiussore, ha l'obbligo di escutere il debitore principale.

Ma noi possiamo recisamente escludere che, nei due beneficii, a cui accenna il Maynz, si possa parlare di obbligazione derivante dal contratto stesso di fideiussione.

L. 62 D. *de fideiuss. et mandat.* XLVI. 1: « Si fideiussor creditori denuntiaverit ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel ut pignus distraheret, itaque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione submovere. Respondi non posse ».

Se il contratto fosse di buona fede, il creditore sarebbe obbligato a procedere, come gl'indicava il fideiussore: invece egli può lasciare che si perda ogni altra garanzia, senza che da ció gli derivi alcuna responsabilità, e sperimentare l'azione contro il fideiussore. È vero che per diritto moderno si deve ritenere

che, quando per colpa del creditore, il fideiussore è privato della garanzia che avrebbe potuto avere, il creditore perde la sua ragione; ma, questo non è un obbligo derivante dal contratto, sibbene una disposizione di legge, fondata sull'equità.

Non si può dire che il contratto sia bilaterale, se non quando dalla essenza stessa di esso derivino obbligazioni bilaterali: l'obbligo che può sorgere incidentalmente sta fuori del contratto.

Il creditore non ha obblighi di sorta; si dirà che ha quello di escutere il debitore principale, prima di rivolgersi contro il fideiussore; ma questa non è che una condizione per poter far valere il proprio diritto. Questo può avere importanza per diritto moderno: per diritto romano la unilateralità, nei contratti per stipulazione, è necessaria.

IV. La fideiussione è un contratto che si conchiude tra fideiussore e creditore; il consenso del debitore non entra affatto in questione. Però l'esistenza o no del consenso porta a conseguenze giuridiche diverse. Perchè il creditore abbia diritto di rivolgersi al fideiussore, occorre che questi abbia *promesso di garantire di fronte a lui*; ma, se la promessa è fatta di fronte al debitore (*de fide iubenda*), allora non sorge nessun rapporto tra creditore e fideiussore.

Il debitore può *assentire* o *dare incarico* al fideiussore che dia garenzia per lui. Può però il fideiussore promettere o per richiesta del creditore, o per iniziativa propria, senza che nulla sappia il debitore principale. Non vi è allora mandato, ma *negotiorum gestio*: ed in tal caso il debitore sarà tenuto, se il fideiussore avrà gerito utilmente il negozio. Ma, se il debitore principale si oppone, sorgeranno rapporti tra lui ed il fideiussore? È una quistione della quale ci occuperemo.

§ III.

Il *constitutum debiti alieni* si conchiude senza formalità di sorta: è un nudo patto e, come tale, può conchiudersi in qualunque modo; però esso, come la fideiussione, si conchiude nei rapporti tra creditore e garante: il debitore non entra affatto.

§ IV.

Studiato così come si perfezionano il contratto di fideiussione ed il *constitutum debiti alieni,* dobbiamo vedere quando si può dire che vi sia un vero mandato di credito, o mandato *qualificato,* come suole chiamarsi.

In generale si dovrebbe dire quello che è vero per ogni specie di mandato, cioè che, essendo il mandato un contratto consensuale, qualunque sia il modo con cui si è manifestato il consenso, basta perchè il contratto si sia verificato; ma qui la specialità del caso richiede accurate indagini.

È principio generale, che non ha efficacia il mandato, impartito nell'esclusivo interesse del mandatario; le fonti dicono che in tal caso vi è un semplice *consilium.* Altre volte invece si dice che vi è un vero e proprio mandato; resta perciò a domandarsi: quando ci troviamo di fronte ad un semplice consiglio, e quando ad un mandato, vero e proprio?

Occorre prima riflettere bene sul mandato in sè stesso. Le nostre fonti distinguono tre tipi di mandato: 1°, mandato nell'interesse del mandante; 2°, mandato nell'interesse di una terza persona; 3°, mandato nell' interesse del mandatario. Questi casi poi si combinano volta a volta, e danno luogo a figure diverse.

Gaio appunto ci riferisce una controversia relativa al mandato.

Comm. III. § 155: « Mandatum consistit sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet. »

Quindi, punto indiscusso, anche presso gli antichi, è che il mandato è valido, anche se è dato nell'interesse di persona diversa dal mandante.

Continua il giureconsulto nel § 156: « Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandato

facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares quamvis eam ei mutuam dederis a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si te hortatus sim, ut rem aliquam mecum mandati actionem. Item si te hortatus sim, ut rem aliquam emeres, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tibi mandati tenebor; et adeo haec ita sunt ut quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit: nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. Sed sequimur Sabini opinionem contra sententis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset. »

Se dunque si tratta di mandato *tua gratia*, cioè nell'interesse del mandatario, il mandato è superfluo (*supervacuum*), chè il mandatario, trattandosi di cosa che è nel suo interesse, non agisce in forza del mandato.

Quindi Gaio fa quest'ipotesi: se alcuno ha danaro non impiegato ed io l'avrò esortato a darlo ad interesse, sarò tenuto in forza del mandato? Qui si ha una semplice esortazione, non vi è determinazione della somma da impiegare, nè vi è assunzione di garanzia per l'esito dell'affare; pertanto il dubbio é si forte, che si fa questione se dovrà esser tenuto chi ha dato lo incarico.

Servio si riferisce al principio generale, che cioè il mandato *tua tantum gratia* è *supervacuum;* Gaio invece, seguendo l'avviso contrario di Sabino, ritiene che il mandante sia obbligato, in quanto che, senza il mandato, non vi sarebbe stata la dazione a mutuo. Quindi, da quel che risulta dall'espressione di Gaio, noi dobbiamo ritenere che, secondo gli antichi, il *mandatum credendi,* il mandato di prestar danaro, è considerato come una specie di mandato nell'interesse del mandatario.

Le Istituzioni presentano la questione sottò un diverso punto di vista.

Nel § 6 Inst. de mand. III. 26, Giustiniano dice: « Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces quam feneres, vel

ex diverso, ut feneres potius, quam in emptiones praediorum colloces. Cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum, et ob id non est obligatiorum, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiam si non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. Itaque (1) si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres vel eam crederes quamvis non expedierit tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed obtinuit Sabini sententia, obligatiorum esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset. »

Giustiniano dice che il mandato, col quale si esorta altri a collocare il proprio danaro, piuttosto nella compra di fondi che nel darlo a mutuo, o viceversa, *mandatum tua gratia*, non obbliga, poichè è da ritenerlo consiglio anzi che mandato.

Ma è notevole come Giustiniano, mentre riproduce il passo di Gaio, sopra esaminato, secondo il quale il mandato di far prestito è considerato come *mandatum tua tantum gratia*, nel paragrafo precedente ci dice che tale mandato non è solo nell' interesse del mandatario, ma anche della persona, alla quale si fa il prestito (*Tua et aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes*); in altri termini ci dice che dando l' incarico di far prestito, si fa l' interesse del mandatario, cui si consiglia un buon affare e del terzo, al quale si procura danaro. Notevole contraddizione, come si vede: certo si è che tanto Giustiniano quanto Gaio ammettono la validità del contratto.

È d' uopo tener presente, per l' interpetrazione di questi passi la L. 6 § 4 e 5 D. mand. vel cont. XVII. 1: « Si tibi mandavero, quod meo, non intererat, vel uti, *ut pro Seio interveniasvel ut Titio credas*, erit mihi tecum mandati actio (ut

(1) Si noti che qui Giustiniano riproduce il passo di Gaio (§ 156 sop. cit.).

Celsus lib. VII Digestorum scribit) et ego tibi sum obligatus — § 5. Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque intersuit: aut si non esses facturus, nisi ego mandessem, etsi mea non intersuit, tamen erit mandati actio »

Orbene qui è ripetuto il concetto di Gaio, che il mandato di prestito di danaro è mandato nello interesse del mandatario: è obbligatorio, e la ragione è nel § 5 della stessa legge; che, altrimenti, il mandatario non avrebbe il danaro a mutuo, se non vi fosse stato mandato.

Gli scrittori si fermano su questa ragione, e dicono: come spiegarsi questa motivazione che non regge (non avrei dato danaro a mutuo, se non vi fosse stato mandato); come dimostrare questo fatto puramente intenzionale?

Occorre intendere la ragione diversamente. Il giureconsulto, con formola poco precisa, esprime in fondo un concetto esatto. Egli dice: io non avrei dato a mutuo, se voi non mi aveste garantito l'esito dell'affare, se voi non aveste assunta, implicitamente, nel dare il mandato, speciale garanzia; è questa assunzione di garanzia appunto, che rende obbligatorio il mandato.

Esposto così lo stato delle opinioni, è esatto dire che il mandato di far prestito a Tizio è mandato nell'esclusivo interesse del mandatario? No, perchè esso è nell'interesse anche della persona a cui è fatto il prestito; l'osservazione di Giustiniano è quindi più esatta di quella di Gaio. E poi, dire che il mandato di tal genere sia *tua tantum gratia*, è cosa inesatta, perchè nulla esclude che anche il mandante abbia interesse a che il prestito si faccia.

Quello che è indiscutibile è che l'opinione di Servio, secondo cui un mandato di tal genere non può essere valido (*supervacuum*), è inammissibile, tanto è vero che la giurisprudenza posteriore lo ammise. Infatti qui ci troviamo di fronte ad un negozio giuridico, che per nulla si distacca dalla fideiussione: non vi è differenza fra garanzia personale per via di fideiussione e garanzia per via di mandato, *parum interest an prae-*

sens fideiubeas vel absens mandes. Nè si può dire che vi sia un semplice consiglio, quantunque il mandato si presenti alle volte come un consiglio, ed è tale ad esempio, per la sua indeterminatezza, quello indicato da Gaio e da Giustiniano.

In altri casi, è dichiarata dalle nostre fonti la nullità del mandato di tal genere.

Nella L. 48 §. 1 e 2 h. t. si dice: « Cum mando tibi, *ut credendo pecuniam, negotium mihi geras, mihique id nomen praestes* (meum in eo) periculum, meum emolumentum sit: puto mandatum posse consistere — § 2. Caeterum, *ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen*, id est, *ut cuivis credas, tu recipias usuras,* periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est: quemadmodum si mandem, *ut mihi quemvis fundum emas...* »

In quest'ipotesi, non vi è obbligatorietà, mancando ogni precisa indicazione, e però, tutto si riduce ad un puro consiglio.

In buona sostanza, quando si dimanda se vi è nel mandato di credito assunzione di garanzia, dobbiamo rispondere che, quando è indicata la persona e determinata la somma non si può negare l'assunzione di uno speciale obbligo.

Il semplice *consilium*. che per sè non è obbligatorio, obbliga in certe ipotesi:

1°, quando chi ha dato il consiglio ha agito con dolo, altrimenti, *consilii non fraudolenti nulla est obligatio ;*

2°, quando vi sia speciale assunzione di rischio;

3°, quando chi dà il consiglio è stato chiamato appunto per la sua capacità tecnica: ed in questo caso dovrà anche rispondere dei danni che per avventura il suo parere potrà avere arrecato.

Ma per noi non può interessare che la seconda delle ipotesi contemplate.

§ V.

Prima di lasciare la teoria del mandato *qualificato*, occorre fermarsi sopra un passo, che spiega l'importanza del concetto affermato.

L. 12 §. 13 h. t.: « Si quis mandaverit *filiofamilias credendam pecuniam* non contra Senatusconsultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio, vel de in rem verso, vel quod iussu pater teneretur, erit licitum mandatum. Hoc amplius dico, si cum dubitarem utrum contra Senatusconsultum acciperit, an non, nec essem daturus contra Senatusconsultum acciperit intercesserit, qui diceret non accipere contra Senatusconsultum, et *periculo meo crede*, dicat, *bene credis*, arbitror locum esse mandato, et mandati eum teneri. »

Qui si dice che il mandato di far credito ad un *filiusfamilias*, il quale riceva danaro, non contro la disposizione del senatoconsulto *Macedoniano* (1), ma in base ad un titolo lecito, è valido; in quanto che, aggiunge il giureconsulto, il mandante ha assicurato che il prestito non potrebbe riuscir dannoso.

L'espressione con cui si dà il mandato e si assume garanzia è *periculo meo crede*, o più semplicemente *bene credis*. Questo dimostra come in generale i criterii relativi al mandato furono larghi, e dimostra ancora come questo si poteva conchiudere senza espressioni determinate, ma semplicemente con le parole *bene credis*.

Il carattere accessorio della garanzia.

§ I.

Punto importante che delinea l'essenza della fideiussione è questo che essa è una obbligazione accessoria, che non può sus-

(1) Il *senatusconsulto Macedoniano* vietava di far prestito ad un *filiusfamilias*, senza l'assentimento del padre, e però, negava l'azione a chi gli avesse dato danaro a mutuo.

sistere senza un'obbligazione principale, di modo che, venuta meno questa, viene a cadere anche l'obbligazione accessoria.

Questa norma generale è affermata nelle fonti dalla L. 16 D. *de fideiuss. et mandat.* XLVI. 1: « Fideiussor obligari non potest ei apud quem reus promittendi obligatus non est. Quare (si) servus communis Titii et Sempronii, nominatim Titio dari stipulatus fuerit, et fideiussorem ita interrogaverit: *Titio aut Sempronio id dare spondes?* Titius quidem petere a fideiussore poterit: Sempronii vero persona in hoc solum interposita videbitur, ut solvi ei ante litem contestatam, et ignorante vel invito Titio, possit. »

Il giureconsulto applica il principio generale, che abbiamo formulato, ad un caso particolare.

Bisogna premettere alcune nozioni per l'intelligenza del testo. È *adiectus solutionis gratia*, nel diritto romano, chi ha stipulato la stessa cosa del creditore principale: egli non è che un mandatario del creditore, il quale può ricevere il danaro, in sua vece, e liberare il debitore; ma non già disporre del credito. Quest'*adiectus* suppliva all'impossibilità della rappresentanza negli atti solenni.

Altro principio, che bisogna tener presente, è il seguente: lo schiavo comune, il quale stipulava, senza dichiarare a favore di quale dei condomini stipulasse esclusivamente, acquistava a favore di tutti i suoi comproprietarii.

Ora supponiamo (è questa l'ipotesi del giureconsulto) che lo schiavo comune *Stichus* abbia stipulato a favore di *Primus*, uno dei condomini, e poscia abbia assunto un fideiussore per quest'obbligazione, designando non solo la persona, per la quale esclusivamente aveva stipulato, sibbene anche *Secundus*, cioè ambedue i condomini: *Primus* senza dubbio potrà rivolgersi al debitore, perchè il suo nome è indicato nella prima stipulazione; ma quale sarà la condizione di *Secundus*? Secondo la teoria generale, è nulla la fideiussione, perchè non vi è obbligazione principale, in forza della quale *Secundus* possa reputarsi creditore. Solamente, di fronte ad un negozio giuridico, noi dobbiamo dare tale un'interpretazione da renderlo efficace; sorge

in tal modo la figura dell'*adiectus solutionis*. *Secundus* quindi non potrà disporre del credito, ma sarà considerato come mandatario di *Primus*.

E' questo un caso tipico in cui si ammette l'efficacia di una fideiussione, stipulata anche quando non vi sia un'obbligazione principale valida.

§ II.

Il principio del carattere accessorio dell'obbligazione del fideiussore è affermato in altri passi delle fonti. L. 29 D. *de fideiuss. et mandat.* XLVI. 1: « Si sub impossibili conditione stipulatus sim, fideiussor adhiberi non potest » Infatti, non vi è obbligo, perchè la condizione impossibile, aggiunta agli atti tra vivi, *vitiatur et vitiat*, laddove negli atti di ultima volontà *vitiatur sed non vitiat.*

L. 27 h. t.: « Si debitori deportatio irrogata est, non posse pro eo fideiussorem accipi, scribit Iulianus: quasi tota obligatio contra eum extincta sit. » Qui non si tratta di nullità iniziale, ma di estinzione dell' obbligazione principale. Questa, invero, è sorta validamente. Solo, dopo la *deportatio* si estinguono tutti i rapporti giuridici relativi alla persona del debitore: quindi non è possibile aggiungere un fideiussore all' obbligato principale (*quasi tota obligatio contra eum extincta sit*).

Tre testi hanno dato luogo ad una viva controversia fra i commentatori antichi e moderni, ed una soluzione è ancora desiderata.

1°. L. 70 (Gaio) § 4. h. t.: « Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere, certum est: quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisse, sed nec negotium quidem ullum gestum intelligitur. Quod si pro furioso iure obligato fideiussorem accepero, tenetur fideiussor. » Si noti qui l' espressione *iure obligato*: se l'obbligo fu assunto dal furioso, quando era sano di mente, oppure mediante rappresentanti, allora il fideiussore sarà tenuto (*tenetur fideiussor*).

2°. L. 6 (Ulpiano) *D. de verb. oblig.* XLV. 1: « Is, cui bonis

interdictum est, stipulando sibi acquirit: tradere vero non potest, vel promittendo obligari, et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit: sicuti nec pro furioso. » È principio generale che vige così per il prodigo come per il pupillo, che essi possono acquistare diritti ma non assumere obblighi: quindi il prodigo non può obbligarsi, *nec fideiussor pro eo intervenire poterit: sicuti nec pro furioso.*

Nei due passi esaminati è dunque ritenuto che l'obbligo contratto dal furioso o dal prodigo è nullo.

3°. L. 25 (Ulpiano) *de fideiuss. et mandat.*: « Marcellus scribit: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, vel prodigo vel furioso fideiusserit, magis est ut ei non subveniatur: quoniam his mandati actio non competit. » Si notino le frasi *ut ei non subveniatur* e *quoniam his mandati actio non competit*: perchè questo passaggio dal singolare al plurale? Ad ogni modo qui si verrebbe ad affermare la validità dell'obbligo del fideiussore di fronte ad un obbligo del pupillo o del furioso.

Si dice: il fideiussore non può in questo caso difendersi contro il creditore, perchè, pagando, egli paga per sè.

Si suole anche dire: il fideiussore, obbligandosi con uno che può difendersi per mezzo di eccezione, può opporre egli stesso questa eccezione quando competa a lui azione di regresso contro il debitore principale.

Infatti, a che si arriverebbe, se non si ammettesse questa eccezione? Il fideiussore è obbligato per *Primus*, il quale può difendersi con un' eccezione: il fideiussore paga, ma non ha azione di regresso contro *Primus*.

La legge qui verrebbe tutelare il pupillo, il prodigo, il furioso, e non il fideiussore.

. Così il passo verrebbe a dire il contrario degli altri due: i tentativi fatti degli antichi e dai moderni scrittori per conciliarli, sono stati molti. Fermiamoci sui più recenti, fatti dall'Audibert, dal Dernburg, e dal Pernice.

Audibert dice, che quando Ulpiano parla, in due diversi luoghi, di prodighi, non intende accennare allo stesso tipo di essi, ma a due diversi tipi, a quelli cioè interdetti in base alla legge

delle *XII tavole*, ed a quelli interdetti *sub colore insaniae*. Egli qui risuscita l' opinione sostenuta, varii anni fa, dall'Ubbelohde. Ma, quantunque questa distinzione sia fondata sulle fonti, l'opinione dell'Audibert non puó essere accolta: le espressioni *is cui bonis lege interdictum est*, e *is cui bonis interdictum est*, non sono adoperate in casi nettamente distinti, ma senza criterii di sorta: quindi, mancando addirittura la base dell'opinione, che distingue fra le due specie di prodighi, cade la conseguenziale ipotesi della fideiussione valida per un tipo, e non valida per un altro.

L' opinione del Dernburg è semplice, persuaviva, ma arbitraria: egli ritiene che, in luogo di *fideiussisse*, si debba leggere *recessisse*, e che qui si tratti del *receptum argentariorum*: e, siccome abbiamo visto che *recipiebatur et si quid non fuerat debitum*, cosi si spiega come qui la garanzia è valida, pur mancandovi l'obbligo principale. Ma, fu osservato che due ragioni ostano all' ammissione di questa opinione: la prima è questa, che il passo di Ulpiano è tolto dal titolo *de minoribus viginti quinque annis*; e la seconda è, che tutte le volte che i compilatori hanno tolta l'espressione *receptum*, l' hanno sostituita con l'altra *constitutum*, per quella nota costituzione, in forza della quale il *receptum* veniva fuso col *constitutum*.

L'opinione più accettabile, sebbene non esca dal campo delle probabilità, è quella del Pernice, seguita anche dal Lenel. Questo passo, affermano questi scrittori, vuol riferirsi alla *sponsio*: lo *sponsor* può essere obbligato, anche quando sia nullo l' obbligo principale, specie se si tratta di obblighi del pupillo o di donne sottoposte a tutela. Questo passo che si riferiva alla *sponsio*, sarà stato dai compilatori interpolato ed applicato alla *fideiussio*. Il passo anticamente doveva essere questo: « Marcellus scribit: si quis pro pupillo spoponderit vel fidepromiserit, magis est ut sponsori vel fidepromissori non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. »

Marcello avrebbe parlato solo del pupillo, non del prodigo, nè del furioso. Allora si verrebbe a spiegare il salto dal singolare al plurale (ei *non subveniatur: quoniam* his *mandati ac-*

tio non competit): i compilatori hanno sostituito nella prima espressione il singolare al plurale; ma hanno lasciato nell'altra il plurale, senza pensare che, nel diritto antico, *his* si riferiva a *sponsori vel fidepromissori*. E sono frequenti questi errori di grammatica nel *corpus iuris*, dovuti appunto alle interpolazioni che i passi hanno subite nella compilazione.

Ma, questa ipotesi ci spiega la ragione della discordanza, dal singolare al plurale, ci spiega pure che il passo si riferisse alla *sponsio*, la quale non richiedeva che un obbligo formalmente valido; ma non ci spiega la ragione per cui questo testo si trovi in energica contraddizione con gli altri. Certo, di fronte a passi cosi recisi, che affermano il contrario, questo si presenta come assolutamente irrilevante; ma, resta sempre a domandarsi qual'era il significato che nella compilazione giustinianea esso aveva.

La soluzione più probabile è quella proposta dallo Schwanert: nella L. 70 §. 4. *de fideiuss. et mandat.*, e nella L. 6 *de verb. obl.*, si parla di obbligazione contratta dal furioso, dal prodigo e dal pupillo per via di stipulazione: e, siccome tutte queste persone non possono mai obbligarsi per via di stipulazione, cosi ne viene di conseguenza, che, le obbligazioni da loro cosi contratte, sono nulle. Invece nella L. 25 *de fideiuss. et mandat.* si deve parlare di obbligazione *ex re*. La L. 70 ritiene valido l'obbligo del *furiosus iure obligatus*: quest' obbligazione può derivare, o da contratto fatto precedentemente allo stato d'insania, oppure da un arricchimento del furioso a danno di un altro: quest'obbligo *ex re* si deve considerare valido.

La L. 2 *de fideius. et mandat.* è una conferma di quanto abbiamo detto: « Et commodati et depositi fideiussor accipi potest: et tenetur, etiam si apud servum vel pupillum depositum commodatumve fuerit. Sed ita demum, si aut dolo malo aut culpa hi fecerint, pro quibus fideiussum est. »

Questa soluzione per conciliare il passo in questione si presenta la meno arbitraria.

§ III.

Abbiamo visto che occorre l'esistenza dell'obbligo principale e che la fideiussione si annulla, se quello non sussiste; ma se il fideiussore ha garantito, dal punto di vista della nullità dell'obbligo principale? Vi sono scrittori che sostengono che, quando il fideiussore ha avuto l'intento di garantire un obbligo nullo, la fideiussione è valida. Essi si fondano sulla L. 37 *de fideiuss. et mandat.* «Si quis postquam transacto tempore liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est» Infatti, se un obbligato in forza di un *actio temporalis, tempore transacto* ha dato fideiussore, la regola è che, mancando l' obbligo principale, vien meno anche la fideiussione.

Ma, se il fideiussore conoscesse la nullità dell'obbligo principale?

Qui vi è discordia fra i giuristi: Windscheid ritiene nulla la fideiussione che si fonda sull' ignoranza della nullità dell'obbligazione principale; ma che si esca dai termini del passo se la nullità è saputa. Brinz osserva che dall' essere nulla la fideiussione in caso di errore, non ne deriva che sia valida negli altri casi.

Ma, si obbietta: perchè è vietato di assumere la garanzia in questi casi?

Nulla osta che si faccia un contratto di tal guisa; ma questa non è fideiussione. Occorre distinguere gli elementi essenziali dagli accessorii del contratto: mancando i primi, o l'atto è nullo, ovvero passa in un'altra categoria di contratti. Il *nomen iuris*, la qualifica giuridica di un negozio, non deriva dall' arbitrio delle parti, ma dall' ordinamento giuridico. Quando si vuole garantire un obbligo nullo, si può ben ricorrere ad altri mezzi, ma non alla fideiussione.

Vi è un mezzo per raggiungere lo stesso scopo, e già l'abbiamo visto esaminando la L. 12 § 13 D. *mandati vel contra*, in cui si garantisce, nel dubbio che l' obbligo principale

sia nullo. Il *mandator pecuniae credendae* dice: *periculo meo crede*, ed allora, anche quando nullo sia l' obbligo principale in forza del senatoconsulto Macedoniano, l' obbligo del *mandator* sarà valido. Ed è qui la differenza tra la fideiussione vera e propria ed il mandato qualificato. Il mandante è sempre responsabile di tutti i danni che possono derivare al mandatario dall' esecuzione del mandato, purchè dall'ammettersi questa sua responsabilità non ne venga un' indiretta violazione dello scopo che la legge si propone, nel dichiarare nulla l' obbligazione del debitore principale: ma, occorre che si tratti proprio di uno scopo preciso della legge, perchè, in generale, il mandatario ha diritto di rivolgersi contro il *mandator pecuniae credendae* per risarcimento di danni.

§ IV.

Per la validità della fideiussione è necessario che esista una obbligazione principale: vediamo se questo requisito sussiste relativamente al *constitutum debiti alieni*.

Già abbiamo accennato come il *constitutum* richiegga l' esistenza del debito: nella L. 1 § 1 D. de const. pec. XIII. 5, è riferito il testo dell'editto, in cui il pretore dice: *qui pecuniam debitam constituit*, il che vuol dire che il *constitutum* deve riferirsi a danaro dovuto.

Pecuniam debitam: che cosa si vuole intendere con questa espressione; a qual'epoca essa si riferisce?

La spiegazione è caratteristica, ed è data dalla L. 18 §. 1 h. t.: « Quod adicitur, *eamque pecuniam*, *cum constituebatur*, *debitam fuisse*, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non fit, nihilominus teneat constitutum: quia retrorsum se actio refert..... »

Dunque, le parole dell' editto richieggono una spiegazione molto larga: nel senso, che se la somma era dovuta, all' epoca in cui fu fatto il *constitutum*, ma non lo sia più all'epoca del pagamento, il *constitutum* deve avere efficacia. Quindi, mentre

nella fideiussione l'estinzione dell' obbligazione principale trae seco quella dell'obbligazione di garanzia, nel *constitutum*, invece, una volta accertata l'esistenza del debito al momento della costituzione, la validità dell' obbligo accessorio, è indipendente dalla continuazione dell'esistenza dell'obbligazione principale.

Se si ammettesse per poco l'opinione di quelli che veggono nel *constitutum* un riconoscimento del debito, si dovrebbe dire che in tanto esso è efficace, in quanto sussiste il debito; laddove il diritto romano dispone che, costituito il debito, anche se questo venga a mancare, l'obbligazione di garanzia continua. Quest' interpretazione letterale dell' editto non è da seguire, quando il contratto ne abbia la forma semplicemente, ma non si possa qualificare *constitutum*.

Tuttavia il principio che vige in materia di fideiussione è più logico, e dev'essere accolto. (1)

§ V.

L'obbligazione di garanzia si può riferire tanto ad un' obbligazione presente, quanto ad una futura: l'obbligo del fideiussore è valido, purchè vi sia l'obbligazione principale, anche se attualmente non sussista.

La L. 6 §. 2 de fideiuss. et mand. dice: « Adhiberi autem fideiussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest; dummodo sit aliqua, vel naturalis futura obligatio. »

Qui troviamo detto espressamente che si può far fideiussione per un'obbligazione futura: occorreva dirlo?

Molti giuristi hanno dedotto la conseguenza, e giustamente,

---

(1) É importante notare questo, perchè vi è disputa fra i romanisti sull'applicabilità del *constitutum* in quei paesi della Germania, nei quali fino a che il nuovo Codice germanico non entri in vigore, il diritto romano è diritto vigente. Il Windscheid ritiene che le parti possano riferirsi al *constitutum*, qual'era nell'antico diritto, con tutte le specialità che abbiamo esaminate; il Dernburg invece sostiene il contrario.

che, secondo il formalismo antico, la *sponsio* e la *fidepromissio* non si potessero riferire ad obbligazioni future perchè lo *sponsor* e il *fidepromissor* dovevano essere chiamati contemporaneamente agli obbligati in linea principale. Posteriormente il diritto romano non si è mantenuto a questa interpretazione letterale della formola, ed ha ammesso che la fideiussione si potesse aggiungere anche alle obbligazioni future.

Soltanto, se la causa dell'obbligazione principale è già posta in essere, e quindi può sorgere indipendentemente dalla volontà delle parti, una vendita *sub conditione* ad esempio, allora la obbligazione del fideiussore seguirà la sorte dell' obbligo principale, cui è vincolata; ed in forza di questo vincolo, il fideiussore in tanto sarà tenuto, in quanto lo sarà l'obbligato principale. Suppongasi invece, che alcuno non si obblighi, in base ad una causa determinata, ma prometta di garantire un' obbligazione, che potrà sorgere in avvenire: qui dipende esclusivamente dalla volontà delle parti, se l'obbligazione principale sorgerà o pur no. Il fideiussore in tal caso non è tenuto da qualsiasi vincolo; egli farà garanzia quando l'obbligazione principale sarà sorta; nulla gli impedirà, di fronte ad una promessa così generica, di disdire il suo assentimento.

§ VI.

Se si aggiunge un'obbligazione di garanzia ad una obbligazione condizionata di vendita, il fideiussore allora è tenuto quando si verifichi la condizione: questo si deve intendere con molta restrizione.

Dobbiamo di proposito studiare quale relazione esista fra un'obbligazione di garanzia pura e semplice, ed un'obbligazione principale.

La L. 8 §. 8 *de fideiuss. et mand.* contempla appunto questa ipotesi: « Si quis Stichum stipulatus (fuerit), fideiussorem ita acceperit, *Stichum aut decem fide tua esse iubes?* non obligari fideiussorem Julianus ait, quia durior eius fit conditio, utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur.

Marcellus autem notat, non ideo tantum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est, sed quia in aliam potius obligationem acceptus est. Denique pro eo qui decem promiserit, non poterit, fideiussor ita accipi, ut *decem aut Stichum* promittat: quamvis eo casu non fit eius durior conditio. »

In questa legge è affermato il principio che l'obbligazione principale e quella del fideiussore debbono trovarsi di pari condizione; talchè l'obbligo del fideiussore non può essere contratto *in duriorem conditionem:* il fideiussore non può obbligarsi per nulla di più di quello cui è tenuto il debitore principale. Quindi se l' obbligo principale è puro e semplice, il fideiussore potrà obbligarsi condizionatamente, perchè in tal caso *non fit eius durior conditio*, ma se l' obbligo principale è condizionato, il fideiussore non potrà obbligarsi puramente e semplicemente, perchè allora verrebbe ad essere obbligato *in duriorem causam.*

Ma, si obbietta: qui non si tratta di una *obligatio durior*, perchè il fideiussore viene a garantire un obbligazione che non ancora esiste; è tenuto, allora quando la condizione si verifichi, ma, prima, non si obbliga affatto. Non si può fare quindi questione di *causa durior* o *melior;* e il ricondurre la nullità dell'obbligazione accessoria sotto questi criterii, è del tutto insussistente.

La quistione della validità o meno dell'obbligazione accessoria bisogna esaminare col requisito dell'esistenza dell'obbligazione principale.

Il buon senso insegna che, una volta conchiuso il contratto di fideiussione senza alcuna condizione, il fideiussore resti obbligato, in quanto è obbligato il debitore principale. A proposito del *constitutum* la L. 19 D. de const. pec. XIII. 5, dice: « Id, quod sub conditione debetur sive pure, sive certo die constituatur, eadem conditione suspenditur: ut existente conditione teneatur: deficiente utraque actio depereat. » Ed è questa l'interpretazione più razionale e più semplice della ipotesi di una obbligazione assunta, senza modalità di condizione, di fronte ad un' obbligazione principale condizionata.

In rapporto alla fideiussione invece si viene ad una solu-

zione completamente opposta. Dal principio che il fideiussore non si può obbligare *in duriorem conditionem*, si deduce che l'obbligazione accessoria può essere condizionata, ma non può essere pura e semplice, quando la principale sia condizionata.

Da che deriva questa stranezza di ragionamento?

Due sono le cause: la prima, l'errore logico di far rientrare il concetto in questione sotto quello della *durior causa;* la seconda, che è il portato dell'antico formalismo romano. Il fideiussore infatti dovea obbligarsi in modo perfettamente identico all'obbligato principale, all'*idem*: se mancava questo requisito che era la base della fideiussione, se la formola differenziava, la fideiussione non era più valida. Il formalismo antico dunque ha fatto considerare nulla l'obbligazione del fideiussore, assunta nella sua generalità in modo diverso dall' obbligazione principale, laddove le figure di obbligazioni di garanzia in genere, dovrebbero condurre al risultato di far dipendere le medesime dalle obbligazioni principali. Questo spiega come, malgrado quello che è stabilito pel *constitutum*, in rapporto alla fideiussone si dica il contrario.

§ VII.

Già vedemmo come la fideiussione si possa aggiungere ad obbligazioni di qualunque specie, a differenza della *sponsio* e della *fidepromissio*, le quali non si riferiscono che ad obbligazioni contratte verbalmente, per via di *sponsio* o di *fidepromissio*.

Questo è confermato dalla L. 8 § 1 de fideiuss. et mand.: « Praeterea sciendum (est), fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re, sive verbis, sive consensu. »

E il § 5 della stessa legge ci dice che la *fideiussio* può riferirsi anche ad obbligazioni derivanti da delitto: « Sed et si ex delicto oriatur actio, magis putamus teneri fideiussorem. » E si noti quel *magis putamus*, che dimostra che questa norma, ammessa nel diritto classico da Ulpiano non fu da principio ritenuta vera. Nella L. 56 § 3 h. t., Paolo afferma lo stesso: « Pro

furti actione fideiussor accipi potest. Item pro eo, qui in legem Aquiliam commisit. Diversa causa est popolarium actionum. »

Anzitutto il passo dice che il fideiussore può garantire con obbligazione civile l'obbligazione contratta da chi ha commesso il furto, e lo stesso si afferma per quella contratta in base alla legge Aquilia; invece non si può dare garanzia per le obbligazioni sorgenti dalle azioni popolari.

Occorre fermarsi alquanto ad esaminare quest'ultima affermazione, che troviamo nel passo di Paolo.

Il diritto romano riconosce due specie di azioni popolari: azioni in cui la condanna va a favore dei cittadini, ed azioni in cui la condanna va a beneficio della cassa pubblica, dell' erario del comune o dello Stato. Nel primo caso, proposta l' azione da un *quisquis de populo*, con la contestazione della lite quest'obbligo determinato si fissa sul capo del cittadino, e però entra nel suo patrimonio; nel secondo invece non si acquista, con la condanna, un diritto privato del cittadino, ma un dirito spettante alla cassa pubblica. Ora, nel primo caso, si può garantire con fideiussione che l'azione popolare è entrata, con la contestazione della lite, nel patrimonio di quel cittadino; non cosi avviene nell' altro. Ma allora, come è che si dice: *diversa est causa popularium actionum*? Questo è vero per l' epoca anteriore alla contestazione della lite, nella quale anche in quelle azioni popolari, in cui la condanna è a favore del cittadino, nessuno può far dichiarare il proprio diritto, in quanto che non agisce *iure suo*, ma *iure civitatis*; e quindi, non si può si può parlare di garanzia di cosa che non è nel nostro patrimonio.

Se invece si tratta di obbligazioni, derivanti da azioni popolari della seconda specie, allora la garanzia deve darsi allo Stato. In un passo di Plauto si parla di fatti commessi contro l' interesse pubblico, e si dice che chi è chiamato in giudizio deve dare *praedes* : ed i *praedes*, si noti . sono garanti che si riferiscono esclusivamente ai crediti dello Stato.

Nella L. 70 §. 5 h. t. Gaio spiega un proverbio giuridico, che corre per le bocche di tutti : non si può dare fideiussione

per delitti: « Id quod vulgo dicitur est, *maleficiorum fideiussorem accipi non posse;* non sic intelligi debet ut in poenam furti is, cui furtum factum est, fideiussorem accipere non possit; nam *poenas ob maleficia solvi, magna ratio suadet*; sed ita potius, et qui cum alio, cum quo furtum admisit, in partem, quam ex furti sibi restitui desiderat; fideiussorem obligare non possit; et qui alieno hortatu ad furtum faciendum provectus est, ne in furti poena ab eo qui hortatus est, fideiussorem accipere possit; in quibus casibus illa ratio impedit fideiussorem obligari; quia scilicet in nullam rationem adhibetur fideiussori cum flagitiosae rei societas coita nullam vim habeat. »

Dunque il senso dell'espressione *maleficiorum fideiussorem accipi non posse*, non è già che, commesso il delitto, la vittima, pei danni sofferti, non possa essere garantita; ma soltanto, che non si possa ricevere un fideiussore per un'obbligazione turpe la quale, o miri a far commettere un delitto, ovvero a tenere indenne l'autore del delitto, per esonerarlo dalle responsabilità, derivanti dello stesso. Certamente chi fu eccitato a commettere un furto, come nella ipotesi del giureconsulto, non può farsi garantire dall'esortatore che non potrà soffrire conseguenze pecuniarie: tale il senso del proverbio riferito da Gaio.

§ VIII.

Da alcuni si dice che non si ammette la fideiussione a carico del marito, o del padre del marito per la consegna o restituzione della dote, in caso di scioglimento del matrimonio; altri escludono invece quest'obbligo. Ma il senso vero è questo, che, mentre per lo innanzi vi era l'obbligo legale pel marito o pel padre di lui, di garantire la consegna o la restituzione della dote, quest' obbligo posteriormente venne tolto di mezzo: questo non esclude che si possa ammettere fideiussione per tale scopo, e che la fideiussione data dal marito, di sua volontà, debba considerarsi completamente valida.

§ IX.

Il principio fondamentale che l'obbligazione fideiussoria ha carattere accessorio , porta alla conseguenza, che tutti i vizii i quali colpiscono l'obbligo principale debbono colpire pure ed in egual misura anche l' accessorio: ove non esista l'obbligo principale, non può sussistere la fideiussione; ove l'obbligo principale sussista, ma venga paralizzato nei suoi effetti da un' eccezione, guardando la cosa astrattamente, si dovrebbe dire anche che la obbligazione fideiussoria sia paralizzata; e, se all'obbligazione principale, sorta validamente e senza vizii , sopravvengono avvenimenti, che distruggano o menomino la sua efficacia, lo stesso avvenimento distrugge o menoma l' obbligazione fideiussoria.

Questo il portato della stretta logica: esaminiamo se effettivamente le fonti romane hanno spinto il rigore logico del rapporto tra accessorio e principale, fino a quei limiti accennati.

Punto di partenza è questo: qualunque obbligazione principale, anche se sia menomata la sua efficacia giuridica, a modo da non poter esser fatta valere per via di azione, può servire di base ad un' obbligazione fideiussoria: si può dare, quindi, anche fideiussione per un obbligo naturale: questo è indiscutibile, poichè lo affermano molti passi delle fonti.

L. 6 §. 2 (Ulpiano) *de fideiuss. et mandat.*: « Adhiberi autem fideiussor tam futurae , quam praecedenti obbligatione potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio. » Occorre che vi sia un' obbligazione per lo meno naturale, perchè possa servire di base alla fideiussione.

L. 7 (Giuliano) h. t. « Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est huiusmodi naturalis obligationis fideiussorem accipi posse ».

La ragione che Gaio adduce è di equità: l'elemento comune alle obbligazioni naturali, per diritto romano e per diritto moderno, è che non si possa ripetere il pagamento fatto in forza

di un obbligo naturale. Dice Giuliano: quando un' obbligazione ha tale efficacia, che il pagamento fatto in base ad esso deve dichiararsi valido non vi è ragione per cui questo non debba essere garantito da fideiussore; egli adunque, dall'elemento della irrepetibilità del pagamento, comune a tutte le obbligazioni naturali, deduce la validità di questa fideiussione.

Però, a questo riguardo, occorre subito notare che il ragionamento di Giuliano proverebbe troppo. Il concetto di obbligazione naturale non è unico e ben definito nelle fonti romane: sotto il nome di obbligazione naturale, si comprendono, talora, delle figure le quali null'altro hanno di comune che l'irrepetibilità del pagamento, ma sono separate fra loro da differenze fondamentali. Si può, dunque, dire che tutte le obbligazioni naturali possono formare la base di una fideiussione? Vi sono obblighi di carattere puramente morale, che in diritto romano venivano detti *officia*; se, in base ad uno di questi obblighi, si sia pagato, *solutum repeti non potest*: si può dire che essi possono formare il sostrato di un'obbligazione fideiussoria? No: la logica giuridica non ha attribuito alle varie figure di obbligazioni naturali uguale efficacia, poichè questa è stata commisurata secondo i diversi casi. Dunque, in ordine agli *officia*, non è possibile la fideiussione; e, quando Giuliano stabilisce, senza alcuna restrizione, il principio, che, un'obbligazione, il cui pagamento deve dichiararsi valido, può essere garantita da fideiussione, va oltre il segno. Se è vero che si può far fideiussione per un obbligo naturale, ciò avviene perchè l'ordinamento giuridico riconosce che vi è un rapporto di diritto, che ha una qualche efficacia, e che può servire di base alla fideiussione.

È una disposizione positiva che, in tanto un obbligo naturale produce effetto, in quanto il diritto civile lo riconosce: per conseguenza, applicando il concetto al diritto moderno, noi diremo che, siccome la legge civile non riconosce nelle obbligazioni naturali altro effetto, che quello dell'irrepetibilità del pagamento, non saranno ammissibili tutti gli altri effetti che, per diritto romano, queste obbligazioni producevano.

L. 16 § 3 *de fideiuss. et mandat.*: « Fideiussor accipi potest

quotiens est aliqua obligatio civilis, vel naturalis cui applicetur. » Anche qui è affermato che, sempre che vi sia una vera e propria obbligazione civile o naturale, si può parlare di fideiussione.

§ 1 Inst. *de fideiuss.* III. 20: « In omnibus autem obligationibus assumi possunt, id est sive re sive verbis sive literis sive consensu contractae fuerint. At ne illud quidem interest, *utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adjiciatur fideiussor*, adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fideiussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur. » Anche qui vi è l'affermazione recisa, che l' obbligazione naturale basti per servire di base alla fideiussione; e l' esempio è importante, poichè si ammette la fideiussione per obbligazioni contratte dallo schiavo, *sive extraneus sit qui fideiussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.* Lo schiavo è considerato come strumento di acquisto del padrone: come, dunque, si spiega questa obbligazione dello schiavo verso il padrone? Si spiega col rapporto del *peculium*: quando il padrone concedeva allo schiavo, dei beni per l'esercizio di un'industria o di altro, quel *peculium* veniva considerato come patrimonio di fatto dello schiavo, medesimo, il quale poteva entrare in rapporti giuridici col patrimonio del padrone. Il *dominus*, in quanto ha concesso il *peculium*, è obbligato, nei limiti di esso, nei rapporti con i terzi i quali contraggono con lo schiavo: questa obbligazione è detta *ex re*. Ma, il patrimonio peculiare ha questo di caratteristico, che si commisura da quel che resta, detratti gli obblighi dello schiavo verso il padrone.

Vi è una certa differenza fra il caso in cui il *peculium* sia destinato al commercio, e quello in cui esso non abbia questa destinazione: in quest'ultimo caso, l'azione dei terzi contro il *dominus* è *l' actio de peculio*. Ma, se il peculio è una *merx peculiaris*, allora i bisogni del commercio modificano questi criteri, e l'azione spettante ai terzi è *l'actio tributoria*, ed il *dominus* entra in contributo con la massa, come tutti gli altri creditori.

Ma, questo passo è importante anche per altro : la frase , *at ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adjiciatur fideiussor*, è decisoria contro l'opinione sostenuta da alcuni fra i moderni scrittori. È vero che le fonti dicono che si può dar fideiussione per un obbligo puramente naturale; ma, esse non dicono che la fideiussione, prestata per un obbligo naturale, abbia carattere civile. Quindi, la fideiussione sarà naturale, se l'obbligazione principale è naturale; ed è un errore affermare che non vi ha differenza tra la fideiussione di un obbligo naturale e quella di un obbligo civile.

§ X.

Come per la fideiussione, anche per il *constitutum* si dice che basta la semplice obbligazione naturale.

L. 1 § 7 *de const. pec.* : « Debitum autem vel natura sufficit. » Quindi, la fideiussione ed il *constitutum* sono posti allo stesso livello; ed è lo stesso per il mandato qualificato.

§ XI.

L' obbligo principale deve essere valido perchè sussista pure l' obbligo accessorio ; supponiamo che l'obbligazione principale sussista, ma sia paralizzata nel suo corso da un' eccezione: potrà il fideiussore valersi di questa eccezione ? Tre opinioni sono sostenute al riguardo.

1.ª In generale, il fideiussore può sempre opporre le eccezioni del debitore principale, perchè risponde dell' obbligazione del debitore principale; e, siccome questa è tale che può essere fermata nel suo corso da un' eccezione, così è pure l' obbligazione accessoria. E' questa l'opinione professata da Windscheid, da Vangherow e da altri.

2.ª Altri dicono che, in tanto compete la eccezione al fideiussore in quanto egli ha regresso contro l'obbligato principale; se si ammettesse che il fideiussore che ha regresso, non può opporre la eccezione che compete al debitore principale, noi

giungeremmo a questo assurdo che, ciò che il debitore principale non è tenuto a pagare immediatamente, dovrà pagare, quando il fideiussore avrà intentato azione di regresso. Quindi è logico non accordare la eccezione, quando non vi sia regresso.

3.ª Dal Dernburg si è cercato di conciliare le divergenze, facendo capo alle differenze di opinioni fra i giureconsulti. Nei primi tempi, la dottrina romana non accordava la eccezione, se non quando al fideiussore competesse regresso contro il debitore principale: la dottrina classica giunse alla conseguenza che tutte le eccezioni dovessero accordarsi al fideiussore. I compilatori hanno incautamente mescolati i testi che accolgono l'una o l'altra affermazione; e, siccome Ulpiano, Paolo, in qualche passo, accordano l' eccezione, anche non competendo al fideiussore azione di regresso, bisogna dire che quei passi riflettano casi speciali.

§ XII.

Per formarsi un concetto preciso di quanto si è detto, occorre procedere all' esame di alcuni testi.

L.19 (Marcello) D. *de except. praescript. etc.* XLIV. 1: « Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt. » Qui è affermato, senza restrizione di sorta, e senza limitazioni relative all' azione di regresso, che tutte le eccezioni spettanti al debitore principale, spettano al fideiussore, anche contro la volontà del debitore principale.

L. 32 (Ulpiano) *de fideiuss. et mandat.*: « Ex persona rei, et quidem invito eo, exceptio et caetera rei commoda fideiussori caeterisque accessoribus competere possunt. » Qui neppure si fanno limitazioni; non si dice però *competunt*, ma *competere possunt*.

§ 4. Inst. *de replic.* IV. 14: « Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent, etiam fideiussoribus eius: et recte, quia quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis quod hi pro eo solverint. Qua ratione et si de non petenda

pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati essent, acsi et cum ipsis pactus esset ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane quaedam exceptiones non solent his accomodari: ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, *nisi bonis cesserit*: sed haec exceptio fideiussoribus non datur, scilicet ideo, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab his quos pro eo obligavit suum consequi.»

Il concetto del passo è il seguente: le eccezioni che competono al debitore principale, per lo più (*plerumque*) si sogliono accordare anche al fideiussore: e la ragione, dice Giustiniano è questa che, chi agisce contro i fideiussori, in fondo sembra che agisca contro il debitore principale, il quale, *mandati iudicio redditurus est eis quod hi pro eo solverint*. Se il debitore principale ha fatto un *pactum de non petendo* col creditore, ossia, se egli ha stabilito col creditore, che questi non gli domanderà l'adempimento dell'obbligazione, l'eccezione che compete al debitore, competerà pure al fideiussore, proprio come se anche il fideiussore avesse fatto un *pactum de non petendo* col creditore. Ma vi sono eccezioni che non si accordano al fideiussore; e, come esempio, Giustiniano presenta la eccezione relativa alla *cessio bonorum*: colui che non era in condizione di pagare tutti i suoi creditori, se ne liberava, cedendo loro i beni mediante la *cessio bonorum*; quando uno dei creditori si fosse rivolto contro il debitore per farsi pagare per intero, questi gli opponeva la eccezione *nisi bonis cesserit*. Il fideiussore dato da colui che ha abbandonato i beni ai creditori, può far valere l'*exceptio nisi bonis cesserit?* No, perchè se questa fosse ammissibile, sarebbe vano lo scopo della fideiussione, la quale appunto mira a garantire il creditore della possibile insolvenza del debitore. In generale, adunque, si dice che le eccezioni meramente personali non si accordano al fideiussore.

L. 7 (Paolo) *de except. praescript. etc.*: « Exceptiones quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios; veluti

quam socius habet exceptionem in id, quod facere possit, vel parens, patronusve, non competit fideiussori. Sic mariti fideiussor post solutum matrimonium dictus,insolidum dotis nomine condemnatur. » Qui si afferma che, indipendentemente da quistioni di regresso, deve negarsi al fideiussore quell'eccezione che appartiene al debitore principale come strettamente personale. L'*id quod facere possit* è il *beneficium competentiae* che spetta a certe persone, relativamente alle quali il creditore ha facoltà di avvalersi dei suoi diritti, ma in modo che egli non tolga ad esse il necessario per vivere. Noi abbiamo qualche cosa di simile nel diritto moderno. Quei beneficii, spettanti alle persone indicate nel passo, sono strettamente personali, e quindi, il fideiussore non se ne può avvalere.

§ XIII.

§ 1. *huius fragm.* « Rei autem cohaerentes exceptiones, etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnino competit exceptio fideiussori. »

Il principio generale, in tale materia è questo, che il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che potrebbe opporre il debitore principale; e questa è una conseguenza del carattere accessorio della fideiussione. Nella L. 7 *de except.* etc., si fa, invece, distinzione fra le eccezioni *personae cohaerentes* e quelle *rei cohaerentes*.

Le prime non si possono opporre dal fideiussore, essendo esclusivamente riservate al debitore, ad esempio, il *beneficium competentiae*, cioè il beneficio dello stretto necessario; le altre, invece, si riferiscono alla sostanza dell'obbligazione, colpiscono il lato oggettivo dell' obbligazione stessa, e quindi si possono sempre opporre dal fideiussore: come esempio, Paolo adduce l' eccezione di cosa giudicata, quella di dolo, di giuramento e l' *exceptio quod metus causa*.

Se, per esempio, sia stato già pronunziato nel giudizio, intentato contro il debitore principale, che il credito non sussiste,

in modo che sia distrutta la base dell'obbligazione, il fideiussore potrà opporre contro il creditore, qualora ne richiegga l'adempimento, l'eccezione di cosa giudicata. Egualmente, se il contratto fu carpito con dolo, potrà essere opposta l'eccezione di dolo, così dal debitore principale, come dal fideiussore. Così pure, quando sia stato deferito il giuramento al debitore principale, e questi abbia giurato di non dovere alcuna cosa, allora il corso dell'azione potrà essere fermato con l'*exceptio iurisiurandi*, la quale può essere anche opposta dal fideiussore.

Ed infine, l'*exceptio quod metus causa* potrà essere opposta, quando il diritto che si vuol far valere si fondi su di un negozio estorto con violenza.

Quindi, mentre in alcuni testi è affermato in tesi generale il principio, che al fideiussore competono tutte le eccezioni del debitore principale, in altri si fa distinzione fra eccezioni *personae* ed eccezioni *rei cohaerentes*, come nella L. 7, citata; ed altri infine, affermando il principio generale suesposto, ne danno ragioni, che pare limitino l'estensione del principio stesso. In questi ultimi passi, infatti, si dice che in tanto conviene accordare al fideiussore le eccezioni che competono al debitore principale, in quanto che, se queste non si concedessero, dovrebbe accordarsi al fideiussore il regresso contro il debitore principale; ed allora, per via indiretta, si verrebbe a menomare lo scopo che la legge si è prefisso.

Come mettere d'accordo questi testi? Si son date varie soluzioni.

Certo è da respingere l'opinione del Dernburg, la quale tende ad una conciliazione storica: il dire che i primi giuristi, in tanto accordavano eccezioni ai fideiussori, in quanto questi avessero regresso contro i debitori in linea principale, è cosa contraddetta dal fatto che le Istituzioni, le quali riassumono tutto il diritto vigente, riproducono questa dottrina che si vuole attribuire ai primi giureconsulti.

Bisogna quindi trovare altra via di conciliazione, tanto più che, anche quando volesse ammettersi che effettivamente vi fu un'evoluzione storica, resta sempre a risolvere la quistione

grave dell'interpetrazione dei diversi passi. Infatti, quando ci troviamo di fronte a disposizioni del *Corpus iuris*, dobbiamo intenderle non solo come appartenenti ad un giurista antico, e quindi esprimenti niente altro che un' opinione, ma anche come parte della legislazione giustinianea, cioè di un tutto unico, nel quale non possono esservi contraddizioni.

Per intendere bene la diversa portata dei testi, bisogna fare capo ad un principio già spiegato, cioè, che se vi è un'obbligazione semplicemente naturale, la fideiussione è valida. Applicando tale principio, se la eccezione competente al debitore principale è tale da distruggere l'elemento civile non solo, ma anche l' elemento naturale dell' obbligazione, la fideiussione scompare; se, invece, lascia intatta l'obbligazione naturale, allora il fideiussore sarà sempre obbligato, perchè si può dare fideiussione anche per obbligazioni naturali.

Vediamo se questa distinzione è nelle fonti.

In un passo di Giuliano, la L. 16 § 1 D. *ad senat. Velleia.* XVI. 1, è precisamente indicato quel dissenso a cui accenna il Dernburg; ma in modo diverso: « Si ab ea muliere, quae contra Senatusconsultum intercessisset, fideiussorem accepissem, Gaius Cassius respondit, ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset: Julianus autem recte putat, fideiussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet: quia totam obligationem Senatus improbat: et a Praetore restituitur prior debitor creditori. »

Si tratta qui dell'obbligazione assunta dalla donna per altri. Mentre già il diritto antico proibiva alla donna di intercedere a favore del proprio marito, il senatoconsulto Velleiano andò più oltre, stabilendo che fosse nulla l'obbligazione assunta nell'interesse altrui: e la ragione su cui si fondava la disposizione del Senato, che è stata in vigore fino ai codici moderni, fra i quali il codice Albertino, era che la donna facilmente si poteva lasciare indurre ad assumere un' obbligazione spettante ad altri, nella speranza che questi la soddisfacesse alla scadenza.

Ora, nel caso che la donna abbia assunta un' obbligazione

nell'interesse altrui ed un terzo le abbia data garanzia, si può far questione, per vedere se l'eccezione che avrebbe opposta la donna (l'*exceptio* derivante dal senatoconsulto Velleiano), se fosse stata chiamata in giudizio, potesse competere anche al fideiussore. Gaio Cassio, secondo ci riferisce Giuliano, afferma, che l' eccezione possa spettare al fideiussore, solo che questi abbia regresso contro la donna: ed, in questo caso, in tanto ha il regresso, in quanto vi è mandato. Giuliano, invece, è d'opinione che la si debba accordare, anche quando il fideiussore non abbia azione di mandato verso la donna: e la ragione è chiara, *quia totam obligationem Senatus improbat;* la disposizione del Senato colpisce non l'efficacia civile dell'obbligazione soltanto, ma tutta l'obbligazione dalle sue radici, per modo che anche l' elemento naturale viene a cadere. Lo stesso si disse a proposito del deportato; non si può aggiungere fideiussione di qualunque specie, *quasi tota obligatio contra eum extincta sit* (1). Questa è una prima base per l'opinione sostenuta.

Un altro passo delle fonti è la L. 9 § 3 (Ulpiano) D. *de senat. Maced.* XIV. 6: « Non solum filiofamilias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque, et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum; nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim cum nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate, intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus. »

Si tratta di un'obbligazione assunta dal *filiusfamilias*: essa è considerata nulla dal senatoconsulto Macedoniano; tuttavia non lo è assolutamente, anche di fronte al diritto naturale, perchè, se il figlio di famiglia, diventato *pater familias* riconoscesse il suo debito allora l' obbligazione sarebbe efficace. Ora il giureconsulto dice che l'eccezione, spettante al figlio in base al senatoconsulto si concede non solo al padre, ma anche al fideiussore del figlio, il quale ha mandato, e però regresso, verso di lui: talchè qui Ulpiano viene a riconoscere che è il regresso che

(1) Pag. 92.

giustifica l' attribuzione dell'eccezione al fideiussore. Se, invece, il fideiussore non ha regresso, ma ha voluto fare una donazione, allora non avrà l'eccezione; qui un'obbligazione principale, almeno naturale, resta, ed il fideiussore dovrebbe essere obbligato ; ma non lo è nemmeno in questo caso, quando il tenerlo obbligato può nuocere al figlio di famiglia, che la legge ha voluto tutelare.

Riassumendo: le eccezioni, spettanti al debitore principale, in generale si accordano anche al fideiussore, a meno che queste eccezioni non siano strettamente personali.

Le eccezioni *rei cohaerentes* si possono opporre dal fideiussore, quando abbia regresso verso il debitore; sempre che non si tratti di eccezioni, le quali lascino intatto l'elemento naturale dell'obbligazione.

Quindi, sempre che si tratti di eccezioni personali, ovvero di eccezioni reali sì, ma che lascino intatto l'elemento naturale dell'obbligazione, il fideiussore è tenuto, senza che possa opporle: potrà opporle solamente, anche in questo ultimo caso, quando il tenerlo obbligato torni a danno del debitore principale.

Così siamo d'accordo con i passi del Digesto e delle Istituzioni.

§ XIV.

Fin qui abbiamo supposto che l'eccezione sussista fin dal sorgere dell'obbligazione, ma, se l'eccezione sorge posteriormente? Si applicano le stesse regole. Il principio che il fideiussore è tenuto solo in via accessoria, lo libera anche per qualunque avvenimento posteriore, che distrugga o menomi l'efficacia della obbligazione principale.

Questo principio generale è indicato nella L. 43 D. *de solut. et liber.* XLVI. 3: « In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur; puta adpromissores, hypothecae, pignora: praeter quam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur. » Qui fra le *accessiones* si annoverano

gli *adpromissores*, quelli che sono obbligati in via accessoria, e quindi anche i fideiussori.

L. 60 D. *de fideiuss. et mand.* XLVI. 1: « Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat: teneri fideiussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio: fideiussorem, aut iure, aut exceptione liberandum. »

La prima proposizione, in questo passo, risponde completamente a quanto si è detto finora: non può sorgere obbligazione accessoria, se non sussiste almeno l'elemento naturale dell'obbligazione principale; qui si dice l'istesso per l'estinzione dell'obbligo.

Poi, continua il giureconsulto: se vi ha trapasso di obbligazione da una persona ad un'altra, da *Primus* a *Secundus*, ad esempio, chi ha fatto fideiussione per *Primus*, sarà tenuto anche per *Secundus*? Se vi ha novazione vera e propria, distrutta la prima obbligazione, il fideiussore sarà liberato *ipso iure*; se invece non vi è vera novazione, ma qualche cosa che le si accosta (*pactum de non petendo*, transazione), il fideiussore resterà *ipso iure* obbligato, e solo *ope exceptionis* potrà essere liberato.

Questi due passi confermano dunque il principio, che al fideiussore competono tutte le eccezioni, che si riferiscono a fatti sopravvenuti, dopo che sia sorta l'obbligazione.

A tal riguardo fa difficoltà la contraddizione esistente fra due passi che si occupano del *pactum de non petendo*.

I. L. 62 D. *de pactis* II. 14: « Si reus postquam pactus sit *a se non peti pecuniam* (ideoque coepit id pactum fideiussori quoque prodesse) pactus sit, *ut a se peti liceat*: an utilitas priori pacta sublata sit fideiussori quaesitum est? Sed verius est, semel adquisitam fideiussori pacti exceptionem, ulterius (ei) invito extorqueri non posse. »

Il caso è il seguente: *Primus*, debitore pel quale ha fatto fideiussione *Secundus*, stabilisce un *pactum de non petendo*; di modo che, se il creditore agisce, egli potrà fermare il corso dell'azione con una *exceptio pacti*; ed è naturale che anche il fideiussore acquisti a suo favore quest'eccezione. Se, dopo acquistato questo diritto, il debitore distrugge questo patto, con un

patto contrario, tale da reintegrare l'obbligazione qual'era prima, *prius pactum per posterius elidetur;* ma questo nuovo patto, tuttavia, non potrà nuocere al fideiussore, il quale ha un diritto quesito, che potrà far valere rimpetto al creditore, anche *invito debitore.*

II. L. 27 § 2 h. t.: « Pactus, *ne peteret,* postea convenit, *ut peteret* pactum per posterius elidetur: non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit... »

L'ipotesi di questo passo è la stessa dell'altro; solo si dà una decisione contraria perchè si dice: quando ad un *pactum de non petendo* è seguito un *pactum de petendo*, allora questo ultimo distruggerà il primo; e però quando il debitore opporrà l'eccezione di patto, il creditore, a sua volta, gli opporrà la *replicatio.* Per l'istessa ragione, soggiunge il giureconsulto, avviene che nemmeno ai fideiussori giova il primo patto. Come rendersi ragione di quest'affermazione?

L'unica soluzione, delle tante proposte, è la seguente: considerare questa seconda affermazione, come relativa ai rapporti del fideiussore col debitore principale. Nell'istesso modo, come il debitore, il quale abbia fatto un patto *de non petendo*, e lo abbia distrutto con un patto contrario, non può riferirsi al primo patto, così il fideiussore, il quale nei rapporti col debitore, abbia fatto seguire ad un patto *de non petendo*, un patto de *petendo*, non può richiamarsi al primo, già venuto meno: non è già che il fideiussore, secondo questa soluzione, non possa riferirsi al primo patto, fatto dal debitore principale col creditore, ma al patto costituito da lui stesso. Ed è questo l'unico modo per mettere d'accordo questa decisione con l'altra.

In generale, qualunque avvenimento colpisca l'obbligazione principale, colpisce anche l'accessoria; se vi ha estinzione totale dell'obbligazione principale, anche l'accessoria verrà meno; se si ha semplicemente un'eccezione, che fermi il corso dell'obbligazione principale, quest'eccezione competerà anche al-

l' obbligato in via accessoria, come in genere tutte le eccezioni, le quali sussistono fin dal sorgere dell' obbligo principale.

§ XV.

Un' ipotesi importante nella pratica, è quella in cui il fideiussore abbia procurato con dolo la distruzione della cosa, che formava oggetto dell' obbligazione. Il principio generale che abbiamo già esaminato, porterebbe alla estinzione dell'obbligazione fideiussoria, essendo estinto l' obbligo principale: ed è questa la soluzione accettata nei primi tempi: posteriormente si ammise che il fatto del fideiussore non potesse pregiudicare i diritti del creditore.

L. 19 (Papiniano) D. *de dolo malo* IV. 3: « Si fideiussor, promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere, Neratius Priscus et Julianus responderunt; quoniam debitore liberato, per conseguentiam ipse quoque dimittitur. » Se il fideiussore abbia ucciso l' animale, che costituiva l' oggetto dell' obbligazione principale, prima che il debitore sia messo in mora, Nerazio Prisco e Giuliano ritennero che contro il fideiussore competesse l'*actio de dolo*, perchè, liberato il debitore principale, per l'estinzione, senza colpa sua, dell'oggetto dell'obbligazione, ne deriva logicamente la conseguenza che anche il fideiussore è liberato dalla sua obbligazione, contro di lui non essendo più possibile proporre l'*actio ex stipulatu*. Ed allora, appunto perchè non vi è altro mezzo per mantenere il fideiussore nella sua obbligazione, si ricorre all' *actio de dolo*, la quale ha di caratteristico la sussidarietà: in tanto si propone, in quanto non vi è altro mezzo per far valere il proprio diritto; la condanna nell' *actio de dolo* porta l' infamia.

Per tal modo, il fideiussore, col fatto proprio, riesce ad estinguere l' obbligazione, ma ne risponde indirettamente: questa conseguenza, però, non poteva essere sempre ammessa, poichè era causa di inconvenienti pratici considerevoli: si cercò allora

di giustificare la persistenza dell' obbligazione del fideiussore facendo ricorso ad un' *actio utilis*.

L. 32 § 5 (Marciano) D. *de usuris etc.* XXII. 1: « Item si fideiussor solum moram fecerit, non tenetur, sicut si Stichum promissum occiderit: sed utilis actio in hunc dabitur. » Se il fideiussore ha commesso una mora nell' esecuzione dell' obbligazione, allo stesso modo che se egli avesse ucciso lo schiavo Stico, non vi è persistenza dell'obbligazione a carico del debitore principale, perchè, senza colpa sua, è venuto a mancare l'oggetto dell'obbligazione; ma sarà il fideiussore liberato? Logicamente si, ma si darà contro di lui un'*actio utilis*, la quale, se non risponde ai principii di diritto, risponde a quelli dell' equità. In questo passo, peró, si accenna all'anomalia della persistenza dell'obbligazione fideiussoria, anche quando l'obbligo principale è venuto a cessare; invece, in altri passi, si dice puramente e semplicemente che il fideiussore risponde, senza accennare al carattere eccezionale della sua responsabilità.

L. 38 § 4 (Africano) D. *de solut. et liberat. XLVI.* 3: « Si quis pro reo iam reverso fideiusserit, qui cum reipublicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fideiussor liberetur? Quod Juliano non placebat: et quidem si cum fideiussore experiundi potestas non fuit. Sed hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restitui debere: quemadmodum in eum fideiussorem, qui hominem promissum occiderit. » Qui si fa menzione del caso dell' uccisione dello schiavo, solo per esempio, anzi subordinatamente al caso principale qui contemplato. Il fideiussore, nell'ipotesi che fa il passo, vien liberato? Giuliano dice di no; ma, il giureconsulto Africano dice che egli è tenuto indirettamente per via di una *restitutio* che fa il pretore. Qui non ci troviamo ancora assolutamente di fronte alla recisa dichiarazione che l' obbligo principale perdura; ma l'accenno all'anomalia è minore che negli altri passi.

L. 95 § 1 e 2 (Papiniano) h. t.: « Quod si promissoris fuit electio, defuncto altero, qui superest aeque peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi

etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest: si forte longe fuit vilior: quoniam id, pro petitore in poenam promissoris constitutum est. — Tametsi alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore quo moriebatur non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur, aliter, quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecerit: *quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor*, quemadmodum tenebatur si debitor sine haerede decessisset. »

Qui si fa l' ipotesi della mora o della colpa del debitore: il caso del fideiussore è portato come esempio. Si dice che l' obbligazione del debitore, malgrado apparentemente venga a cessare, continua, se il perimento della cosa che formava oggetto dell' obbligazione è dovuta al fatto del debitore medesimo; se, invece, la cosa è venuta a perire *sine culpa debitoris*, allora *nullo modo ex stipulatu agi poterit.*

Suppongasi che il debitore, tenuto alternativamente a dare uno di due schiavi, ne uccida uno: egli sarà tenuto per l'altro schiavo. Se poi quest' ultimo venga a perire *sine culpa debitoris*, il debitore vien liberato; ma, se è stato il fatto del debitore stesso causa del perimento, essendo egli divenuto, dopo la morte del primo schiavo, obbligato in cosa certa e determinata, la sua obbligazione perdura.

Per il fideiussore la cosa si presenta sotto diverso aspetto: per lui non si parla di *actio doli;* il fideiussore che uccide lo schiavo è tenuto con *l'actio ex stipulatu;* ossia, è tenuto normalmente.

Da ciò risulta evidente l' evoluzione subita dal principio: prima Nerazio Prisco e Giuliano ritenevano che si dovesse accordare contro il fideiussore l'*actio de dolo;* posteriormente si accennò alla possibilità di un'*actio utilis*, ma come anormale; poi si disse che il fideiussore è indirettamente obbligato in forza di una *restitutio actionis* che il pretore concedeva contro di lui; e finalmente si giunse ad accordare *l'actio ex stipulatu* come perfettamente normale. Certamente, quest'ultimo prodotto dell'ele-

voluzione si presenta come un'anomalia; ma essa è dovuta all'equità, poichè non può permettersi ad una persona di estinguere col fatto proprio l'oggetto di un'obbligazione alla quale è vincolato.

§ XVI.

Avuto riguardo al carattere accessorio della fideiussione, il fideiussore non può essere obbligato per qualche cosa di diverso da quello che è il contenuto dell'obbligazione principale. Fu la forma stessa con cui la stipulazione fideiussoria si faceva, che condusse a questo principio: il fideiussore *idem fide sua esse iubet:* egli si obbliga all'*idem*, vale a dire, ad una prestazione identica a quella dell' obbligato principale; e quindi, non gli è permesso di sostituire una prestazione diversa. Questo principio è anche affermato nelle L. 42 *de fideiuss. et mandat.* etc. « Si ita fideiussorem accepero: Quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes? non obligatur fideiussor: quia in aliam rem quam quae credita est, fideiussor obligari non potest; quia non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest: ita pecunia quoque merce aestimanda est. »

Il caso che il giureconsulto espone, è il seguente: un tale ha fatto credito per dieci: il fideiussore promette mille moggia di frumento a garanzia dell'obbligo principale. E' valida questa fideiussione? Il giureconsulto dice: *Non obligatur fideiussor*. Infatti, il fideiussore verrebbe ad obbligarsi in cosa diversa da quella che forma oggetto dell'obbligo principale. Il principio, adunque, risulta dall' osservazione che se l' obbligo è per un *idem*, è naturale che non si possa parlare di un *aliud*. Ma la ragione può sonare alquanto diversamente: il prezzo rappresenta la cosa, ma non la cosa rappresenta il prezzo. Se voi siete obbligato a dare lo schiavo Stico, il fideiussore potrà dare dieci; ma, se voi siete obbligato a pagare dieci, non può il fideiussore dare lo schiavo Stico. Può dirsi adunque, che in luogo di una cosa determinata, oggetto dell'obbligazione principale, si ammet-

te il prezzo della cosa a carico del fideiussore: ed a questa conclusione si giunge, sia per le parole del giureconsulto, sia per una massima che si riscontra in tema di novazione.

Parecchi scrittori sono contrarii a questa opinione: essi ritengono che anche il prezzo della cosa sia *alia res*.

Il giureconsulto dice che, nell'ipotesi del passo, non si può ritenere la validità dell' obbligazione fideiussoria, perchè, se il prezzo rappresenta la cosa, questa non rappresenta il prezzo.

Ed inoltre, è principio dimostrato dagli scrittori moderni, che la novazione non poteva aver luogo, se la stipulazione novatoria non aveva per oggetto l' oggetto stesso dell' obbligazione primitiva. Essa dunque è possibile, quando si ha *prioris debiti in aliam obligationem translatio atque transfusio*: dalla prima obbligazione a quella che sorge in forza della novazione, varia la forma giuridica, ma il contenuto è identico. Ora, le parti dicono, che, in luogo dell' oggetto dovuto, si può, con la novazione, ammettere il pagamento del prezzo di quell'oggetto: e, se nella teoria della novazione vi è questa identità tra la cosa ed il prezzo che le corrisponde, perchè non dovrebbe esservi pure in materia di fideiussione?

Ma, la ragione fondamentale di questa nostra opinione si trova pure in una massima del sistema procedurale romano: quando l'ordine del giudice non aveva la sua esecuzione, la condanna aveva carattere pecuniario: da ciò si rileva come nel giudizio romano fosse possibile considerare per un *idem* il prezzo della cosa.

Così, il fideiussore, se non può obbligarsi a dare una cosa per un' altra, può obbligarsi a pagare il prezzo della cosa dovuta dal debitore principale: e, se questo non è possibile direttamente, lo è per via di ripieghi. Può, per esempio in forza di una convenzione estranea alla stipulazione, stabilire il fideiussore con il creditore, che egli pagherà dieci in luogo della cosa; intanto, il fideiussore di fronte alla stipulazione fideinssoria, sarà tenuto a pagare l' *idem*: quello che succederà dopo non ha nulla che fare con la fideiussione.

§ XVII.

Relativamente al *constitutum* si trova la quistione trattata nella L. 1 § 5, D. *de const. pec.*: « An possit aliud constitui quam quod debetur quaesitum est. Sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet, et aliud pro debito constitui. Denique, si quis certum debens, frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum. » Si è fatta quistione, se il *constitutum debiti alieni* possa aver per oggetto cosa diversa dal *debitum alienum*. E si dice: siccome per principio generale è ritenuto *posse rem pro re solvi*, nulla vieta che sia possibile il *constitutum* per un oggetto diverso da quello dell' obbligo principale.

Qui si riscontra la differenza che passa, tra la fideiussione vera e propria ed il *constitutum debiti alieni*: in questo l'*alia res* è ammessa; e ciò dimostra come la ragione, addotta per significare la nullità della fideiussione, sia esatta. La fideiussione è un contratto formale, che racchiude un'obbligazione verbale (*idem fide tua esse iubes*). Nel *constitutum*, invece, rientra, in tutto il suo dominio, la volontà delle parti.

§ XVIII.

Il fideiussore non si può obbligare *in duriorem causam*, cioè per più di quello che è dovuto dal debitore principale. E la ragione è evidente: anche qui ci troviamo di fronte al requisito dell'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria. Ma, si dice: non solo riguardo alla somma, ma anche riguardo a qualunque altra condizione, non è possibile ammettere da parte del fideiussore un obbligo *in duriorem causam*.

Esaminiamo il testo in cui il principio è affermato. § 5 Inst. *de fideiuss.* III. 20: « Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur: nam et eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re. At ex di-

verso ut minus debeant, obligari possunt. Itaque, si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recte obligatur; contra vero non potest obligari. Item si ille pure promiserit, fideiussor sub condicione promittere potest: contra vero non potest. Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur. Plus est enim statim aliquid dare: minus est post tempus dare. »

I fideiussori, dice Giustiniano, non possono obbligarsi, a modo da dovere più di quello che debbono coloro per i quali si obbligano, perchè la loro obbligazione ha carattere accessorio; ma, per contrario, si possono obbligare a dover meno. Così pure, se il debitore principale si sia obbligato puramente e semplicemente, il fideiussore può obbligarsi sotto condizione; ma egli non potrà obbligarsi puramente e semplicemente, quando il debitore principale si sia obbligato sotto condizione. Infatti verrebbe in tal caso ad aversi un'obbligazione accessoria, sussistente anche quando cessasse l'obbligazione principale.

Qui si comincia a vedere che, non solo riguardo alla quantità, vale il principio, che il fideiussore non può obbligarsi *in duriorem causam*, ma anche riguardo alle modalità dell'obbligo, ed anche a quelle modalità che hanno un carattere più accessorio. Se io, per esempio, mi obbligo a dare cento a Capua, il fideiussore non può obbligarsi a dare cento a Roma, appunto perchè il pagare in un luogo diverso potrebbe accennare ad una diversità di prestazione. E così, se il debitore principale si è obbligato a pagare in un giorno determinato, il fideiussore può obbligarsi a pagare dopo quel giorno, ma non prima. In tutti questi casi è espressamente esclusa dalle fonti ogni possibilità di fideiussione.

§ XIX.

È importante notare, a questo proposito, una differenza tra il diritto romano ed il diritto moderno. Anche questo vieta che il fideiussore assuma un'obbligazione più gravosa di quella del debitore principale; ma, mentre il diritto romano ritiene che

l' intera obbligazione del fideiussore, se è più gravosa, si annulla (*vitiatur et vitiat*), il nostro codice, così per fare un esempio fra i codici moderni, stabilisce che « *la fideiussione che non eccede il debito, o che si contrae sotto condizioni più gravi, è valida soltanto fino alla misura dell'obbligazione principale.* » (1)

Qual'è la ragione di questa differenza? Per trovarla, è mestieri richiamarsi al formalismo del diritto romano: qui noi siamo di fronte ad un'obbligazione formalmente accessoria, la quale deve avere per oggetto l'*idem* dell'obbligo principale: il nostro diritto non adopera mai criterii così rigorosi. E si noti, che questo formalismo romano ha trovato qualcuna delle moderne legislazioni che lo ha, in parte, seguito: il codice civile germanico ha, nella sua parte generale, una disposizione perfettamente contraria a quella stabilita dal nostro codice.

Si suole dire, quando una parte del negozio giuridico è nullo, che *utile per inutile non vitiatur*, a meno che i contraenti non abbiano fatto dipendere la validità dell' atto da quella parte. Il codice civile germanico stabilisce, invece, il principio perfettamente opposto. Ma questo è un formalismo, che, per quanto si spieghi di fronte alla condizione del mondo romano, non può essere ammesso in una moderna legislazione.

§ XX.

Il principio che il fideiussore non si possa obbligare *in duriorem causam*, cioè, per di più di quello che è dovuto dal debitore principale e sotto qualunque punto di vista, si è venuto esplicando parallelamente ad un altro, che trova la sua base nel sistema procedurale romano.

Era massima di procedura che chi *plus petebat, causa cadebat;* e, non solo si perdeva la lite, quando si fosse domandato *plus re*, ma anche quando si fosse domandato *plus loco, plus*

(1) Art. 1900 cap. 2 Cod. civ.

tempore, *plus causa;* si aveva il *plus loco*, quando si domandava, per esempio, a Roma quello che si doveva a Capua; il *plus tempore*, quando si domandava prima della scadenza; il *plus causa*, infine, quando la domanda era tale da aggravare la condizione del debito, ad esempio, quando il creditore domandava una cosa sola al debitore, laddove questi era obbligato alternativamente.

Ora, applicando questo principio alla fideiussione, ne deriva, che il fideiussore non può obbligarsi ad un *plus*, sotto gli stessi punti di vista, di fronte agli obblighi del debitore principale: se si obbliga in uno qualunque di questi modi, la sua obbligazione è totalmente nulla, a differenza dei codici moderni, i quali, come superiormente abbiamo affermato, dispongono che, in tal caso, l'obbligazione del fideiussore si riduce nei limiti di quello che è dovuto dal debitore principale.

Già si è detto, come in questo principio non vi sia altro, secondo il concetto antico, che un'estensione dell'altro principio, che il fideiussore non si possa obbligare in *aliam rem*. La stipulazione fideiussoria era connessa a quella del debito principale: ond' è, che se il debito del fideiussore si differenziava da quello dell'obbligato principale, mancava l' *idem*. Se uno stipulava cento da Primus e centocinquanta da Secundus, fideiussore, l'obbligazione di Secundus era nulla, poichè mancava l'*idem*: cento e centocinquanta, secondo il concetto formalistico romano, non rappresentano quello che una quantità minore rappresenta di fronte ad una quantità maggiore, ma assolutamente cose diverse (*aliae res*).

E questo si riscontra anche nella stipulazione in genere: se uno all'interrogazione, *centum dari spondes*, avesse risposto, *ducentum dari spondeo*, la stipulazione era considerata nulla, poichè domanda e risposta *non congruebant*.

Questo concetto formalistico che si trova in Gaio, è riprodotto nelle Istituzioni; ma giá Ulpiano, Paolo e tutta la scuola di Papiniano, ritengono che la stipulazione fosse valida per la somma minore, perchè nella somma maggiore è compresa quella minore.

Facendo applicazione di questi principii, diremo che, in ordine alla fideiussione vi è differenza di trattamento; la ragione sta in ciò, che la fideiussione, come in generale tutte le obbligazioni accessorie, era considerata, verso gli ultimi tempi della repubblica, sotto un punto di vista particolare. La ragione per cui il principio, che vinse il formalismo antico, riguardo alla stipulazione, non fu applicato anche nella fideiussione, dipende dalla natura accessoria dell'obbligazione. Come si son venuti cercando tutti i pretesti possibili perchè l'obbligo accessorio fosse dichiarato nullo, cosi, anzi che ridurre soltanto la fideiussione, addirittura la si è tolta di mezzo. Cosi si spiega, come in ordine alla fideiussione, sia stato conservato quel principio antico.

Ma, mentre per lo innanzi, si diceva che la fideiussione era nulla, e si parlava di un'*alia res*, in seguito si disse che, in tanto la si doveva considerare nulla, nella ipotesi in quistione, in quanto era in *duriorem causam.* Quando le fonti si occupano della imputazione dei pagamenti, troviamo stabilito questo principio, che l'imputazione vien fatta, prima di tutto, sui debiti più gravi, appunto pel principio della *durior causa;* e, fra i debiti più gravi, vanno compresi, come risulta da qualche passo del titolo *de solutionibus*, il debito civile, di fronte al debito naturale, il debito garantito da fideiussione o da pegno, di fronte a quello non garantito. Ora, abbiamo già notato che il fideiussore può garantire obbligazioni civili e naturali: e, per conseguenza, quando il fideiussore è obbligato civilmente di fronte ad un'obbligazione naturale, dovrebbe dirsi che egli si è obbligato in *duriorem causam.*

E non basta: il fideiussore può avere il proprio obbligo garantito da un altro fideiussore, o anche da pegno; ed anche qui, secondo il principio desunto dalla teoria del pagamento, dovrebbe dirsi che egli si è obbligato in *duriorem causam*; laddove le fonti nell'un caso e nell'altro, ammettono la validità della fideiussione.

La formola *in duriorem causam* è un ripiego, che sta a

spiegare un principio che in antico sonava in modo assolutamente diverso.

§ XXI.

Veniamo all' esame dei diversi passi delle fonti, che spiegano questo concetto della *durior causa*, e ne' quali vi è pure qualche incertezza.

I. L. 8 § 8 D. *de fideiuss. et mand.* « Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviorem plane causam accipi possunt. Propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die, vel sub conditione accipi potest; enimvero, si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure: non obligabitur. »

Si pone come principio generale, che l' obbligo accessorio non può essere contratto a condizione più grave di quella dell'obbligo principale: principio inesatto, perchè nel *constitutum* ciò è possibile. La formola del giurista va oltre il suo pensiero, perchè egli vuol riferirsi solo ai fideiussori, i quali, si dice, possono obbligarsi *in leviorem causam.*

La prima difficoltà che presenta il passo è questa: se è vero il principio che la fideiussione è nulla, quando si tratti di *alia res*, perchè non si dice, che è nulla la fideiussione anche quando sia in *leviorem causam* ? Il vero è che non vi era ragione perchè il formalismo sostenesse, in tale caso, la nullità dell'obbligazione accessoria, laddove, nel caso precedente, si doveva cercar di liberare il fideiussore da una condizione più grave.

Sempre per l'istessa ragione, continua il giureconsulto, il fideiussore può obbligarsi *sub conditione*, quando il debitore principale sia obbligato puramente e semplicemente; se invece il fideiussore si è garantito puramente e semplicemente per un obbligo *sub conditione*, la fideiussione sarà nulla.

§ 8 *huius legis:* « Si quis Stichum stipulatus (fuerit), fideiussorem ita acceperit, *Stichum aut decem fide tua iubes?* non obligari fideiussorem Julianus ait, quia durior eius fit conditio.

utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat, non ideo tantum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est, sed quia (et) in aliam potius obbligationem acceptus est: denique pro eo qui decem promiserit non poterit, fideiussor ita accipi, ut *decem aut Stichum* promittat, quamvis eo casu non fit eius durior conditio. »

Il debitore principale è tenuto a dare lo schiavo Stico ; il fideiussore, invece, si è obbligato a pagare o lo schiavo Stico, ovvero dieci, qualora il debitore non consegni lo schiavo. Qui, come si vede, si tratta di obbligazioni di contenuto affatto diverso, perchè l'una obbligazione cade su di una cosa determinata, mentre nell'altra una delle due prestazioni, allora costituirà un'obbligazione, quando la scelta cadrà definitivamente su di essa.

Giuliano, partendo dal concetto della *durior causa*, sostiene che l'obbligazione del fideiussore sia nulla, in quanto che, se muore lo schiavo, il debitore principale è liberato, laddove il fideiussore è sempre tenuto a dieci, anche non esistendo l'obbligazione principale: e questo va contro il principio dell'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria.

Veramente, anzi che ricorrere a questi criterii, qui si sarebbe potuto dire: l'obbligo del fideiussore è eventuale; ma sarebbe rientrata allora l'idea antica dell'*alias res*, quando l'apparenza dell'obbligo dimostrava l'inesistenza di identica prestazione. Ecco perchè Marcello, criticando Giuliano, dice che il motivo decisivo per cui poteva reputarsi nulla la obbligazione, sta in ciò, che si tratta di un'altra obbligazione: e, per conseguenza, anche per colui che ha promesso dieci, si dirà che non è possibile ricevere un fideiussore, che stipuli di dare dieci o lo schiavo Stico, quantunque, in questo caso, non si possa chiamare *durior* la condizione del fideiussore.

Questo caso è diverso dal precedente: se il debitore principale deve dieci, l'obbligazione non potrà mai venir meno, e, per conseguenza, potrà sussistere quella del fideiussore; tuttavia, ci dice Marcello, la fideiussione sarà nulla perchè siamo nel caso di un'*alias res*: criterio affatto diverso da quello di Giuliano.

§ 9 *huius legis* « Idem Julianus ait, si is, qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fideiussorem ita acceperit, *hominem aut decem, utrum ego velim?* non obligabit eum: quia durior eius conditio facta est. »

Un'altra ipotesi dello stesso Giuliano: si tratta di un'obbligazione alternativa, tanto del debitore, quanto del fideiussore. Solo, in rapporto alla prima stipulazione, secondo le norme generali, spetta al debitore scegliere quali dei due oggetti cadrà in obbligazione; per riguardo alla stipulazione accessoria, invece, la scelta spetta al creditore, di modo che la condizione del fideiussore viene ad essere aggravata. In tal caso non è la diversità di oggetto, ma proprio la *durior causa* che rende nulla la stipulazione del fideiussore.

§ 10 *huius legis* « Contra autem, si is qui *hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet*, stipulatus est: recte fideiussorem ita accipiet, *decem aut hominem, utrum tu voles?* fit etenim (inquit) hoc modo fideiussoris conditio melior. »

Siamo anche qui nell'ipotesi di obbligazioni alternative: solo il debitore è obbligato a dare *hominem aut decem*, secondo che meglio aggrada al creditore: per rispetto alla fideiussione invece, la scelta spetta al fideiussore stesso: la condizione del fideiussore quindi viene ad essere *levior*.

II. L. 16 § 1 h. t.: « Qui *certo loco dari* promisit, aliquatenus duriori, conditioni obligatur, quam si pure interrogatus fuisset: nullo enim loco alio, quam in quem promisit, solvere invito stipulatore potest. Quare si reum pure interrogavero, et fideiussorem cum adiectione loci accepero; non obligabitur fideiussor. »

Il giureconsulto presenta un caso di fideiussione, con promessa di pagare in luogo diverso da quello nel quale è tenuto a pagare il debitore principale. Il promettere di dare in determinato luogo, egli dice, può talvolta esser più grave, del promettere puramente e semplicemente, perchè appunto il dovere effettuarsi il pagamento in quel luogo può essere d'incomodo al debitore, e può anche assoggettarlo a spese. Se è vero questo, il fideiussore non potrà obbligarsi a dare in luogo diverso quando il

debitore principale abbia promesso di dare *certo loco*, ovvero a dare in un certo luogo, quando il debitore si sia obbligato puramente e semplicemente: se il debitore principale, ad esempio, abbia promesso di dare a Roma, e il fideiussore si obblighi di dare a Capua, la fideiussione sarà considerata nulla, sempre per allontanare dal fideiussore l'eventuale pericolo di trovarsi esposto a rischi, ed a spese.

III. Nella L. 70 h. t., si fa un' ipotesi di obbligazione condizionale; ma se ne parla sotto un punto di vista diverso da quello già enunciato: « Si a reo sub conditione fuero stipulatus, potero fideiussorem et in hanc, et in *aliam conditionem* obligare, si modo eas coniungam; nisi enim utraque extiterit, teneatur, quod si eas *disiungam*, durior sit conditio fideiussoris, nec *ob id* obligatur: quippe sive communis utriusque conditio extiterit, sive alterutra, videatur adprehendi; cum reus non aliter teneatur, quam si communis extiterit: aut igitur nullo modo tenebitur fideiussor: aut, quod magis est, tenebitur, si prius extiterit communis. »

Il caso è il seguente: se il debitore principale è obbligato sotto condizione, potrà aggiungersi un fideiussore, il quale sia tenuto sotto questa, ed anche sotto un' altra condizione?

Il giureconsulto dice di si, ma quando siano congiunte le due condizioni. Ed infatti, poniamo che il debitore sia obbligato si *navis ex Asia venerit*, e il fideiussore sotto questa medesima condizione, ed anche sotto l' altra che la nave venga in tempo determinato, allora il debitore principale sarà obbligato quando si avveri la prima condizione (*si navis venerit*), laddove il fideiussore si troverà in uno stato molto migliore, in quanto che la sua obbligazione è vincolata all'avveramento di ambedue le condizioni.

Non così avviene quando le condizioni siano disgiunte, se, per esempio, il debitore sia obbligato *si navis ex Asia venerit*, ed il fideiussore sia obbligato, non solo a questa condizione, ma anche *se Tizio sarà fatto console*; perchè, il debitore principale, se la prima condizione non si verifica, sarà liberato, mentre il fideiussore potrà essere tenuto quando si sia verificata l'altra con-

dizione; si verrebbe a questa conseguenza, che l'obbligo del fideiussore potrebbe sussistere, pur non esistendo quello del debitore principale.

Per questo riguardo, adunque, si può dire che l'aggiunzione delle condizioni è solo possibile, quando esse siano tali da non aggravare il fideiussore.

§ XXII.

Riguardo alla fideiussione, abbiamo visto come le nostre fonti affermino in modo reciso che il fideiussore non si può obbligare in *duriorem causam*, e che l'obbligazione, così contratta, *in toto vitiatur*. Pel *constitutum*, invece, le fonti stabiliscono un principio diverso: l'obbligo in *duriorem causam*, non porta la nullità totale, ma parziale per il *plus*.

L. 1 § 8 D. *de const. pec.*: « .....Caeterum si plus suo nomine constituerint, non tenebitur in id quod plus est. »

L. 11 § 1 *h. t.*: « Si quis centum aureos debens, ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est. Ergo et is, qui sortem et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem dumtaxat. » La legge dice, che se uno che deve cento, faccia un *constitutum* per duecento, è tenuto per cento, poichè tanto è dovuto: quindi, se uno deve un capitale, e fa un *constitutum* pel capitale e per gl'interessi, il *constitutum* vale per il capitale.

Si viene poi a parlare della promessa che non contiene più nulla di più, ma una modalità diversa: per esempio nella promessa principale è detto che il pagamento sarà eseguito ad Efeso, laddove nell'accessoria di garanzia è detto che si pagherà altrove: la promessa è valida, poichè si ammette la possibilità di un diverso luogo di esecuzione.

§ XXIII.

Fin qui abbiamo visto essere impossibile che nel contenuto dell'obbligazione accessoria vi sia un obbligo più grave che nella principale, essendo il fideiussore obbligato all' *idem*. Di qui de-

riva di conseguenza che il fideiussore, come qualsivoglia altro garante, deve rispondere non solo per tutto il debito, ma anche per tutti gli accessorii, necessariamente connessi al debito medesimo.

Ma, noi non abbiamo risoluto tutte le difficoltà pratiche che si presentano anche pel nostro codice, che distingue la fideiussione definita dalla indefinita. Per diritto romano distinguevasi la fideiussione *in omnem causam* dalla *limitata:* questa distinzione portava pure a conseguenze pratiche diverse. Il caso tipico è quello della mora: il debitore è in mora perchè non ha adempiuto all'obbligo nel termine stabilito. Le conseguenze sono due: la prima è questa che, l'obbligazione si perpetua ; quindi, anche venuto meno l'oggetto dell'obbligazione medesima, l'obbligato continua a doverlo, mentre in generale *debitor rei certae interitu rei liberatur.* In secondo luogo dovrà essere esteso questo principio al fideiussore? Gl'interessi di mora del debitore sono anche dovuti dal fideiussore? Vi sono dei passi in cui è detto che il fideiussore è tenuto per la mora del debitore.

L. 58 § 1 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio: veluti si moram fecerit in Sticho solvendo, et is decesserit. » Questa è una disposizione che si riferisce puramente e semplicemente alla *perpetuatio* degli effetti della mora, i quali si estendono al fideiussore.

Nella L. 24 § 1 D. *de usuris etc.* XXII. 1., si parla della mora estensibile al fideiussore: « Cum reus moram facit et fideiussor tenetur. » Quando il debitore principale, dice la legge, cade in mora, gli effetti di questa vincolano anche il fideiussore: quindi noi dovremmo dire che tutti gli effetti si estendono al fideiussore; ma, procedendo oltre, nella L. 88 D. *de verb. oblig.*, troviamo l'affermazione assoluta del principio stesso.

L. 88 D. *de verb. obblig.* XLV. 1: « Mora rei fideiussori quoque nocet; sed si fideiussor servum obtulit, et reus moram fecit, mortuo Sticho, fideiussori succurrendum est. » Qui si ha un'altra affermazione generale: si dice che il fideiussore può liberarsi delle conseguenze della mora, purgandola; ma, manca la

esplicita dichiarazione che si estendono al fideiussore anche gli effetti della mora relativi agl'interessi.

L. 91 § 4 D. h. t : « Nunc videamus in quibus personis haec constitutio locum habeat: quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent dubium est. Pomponio perpetuari placet; quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? Cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio, tam ipsorum, quam successorum eorum; accessionibus quoque suis, idest fideiussoribus perpetuant obligationem quia *in totam causam* spoponderunt. » Qui vi è un accenno: e si noti che qui si dice pure che i debitori principali rendono perpetua l'obbligazione anche in rapporto ai fideiussori, perchè questi si obbligarono *in totam causam.*

L. 5 Cod. *de pactis inter emptorem, etc.*: « Initio venditionis si pactus es, ut is, cui vendidisti possessionem, pretii tardius escoluti tibi usuras pensitaret, non immerito existimas, etiam eas tibi aditu praeside ab emtore praestari debere. Nam si initio contractus non es pactus, si coeperis experiri, ex mora dumtaxat usuras tam ab ipso debitore, quam ab eo, qui in omnem causam emti suam fidem adstrinxit, de iure postulabis. » Il caso contemplato è questo: si è fatta una compravendita: il compratore deve pagare il prezzo nel termine stabilito. Se egli non lo pagherà, decorreranno gl'interessi. Il venditore ha diritto di domandare gl'interessi con l'azione derivante dalla compravendita: ma, se non vi è patto, gl'interessi si potranno domandare solo dal giorno della mora, e si possono domandare anche a colui che ha fatto fideiussione per ciò che si riferisce alla compravendita. Anche qui, pel fatto del pagamento degl'interessi, si dice che il fideiussore è tenuto, quando sia obbligato *in omnem causam.*

Dovremo noi dire che per tutti gli effetti della mora occorre l'obbligazione *in omnem causam?* No, le nostre fonti dicono: solo per gl'interessi.

Due specie d'interessi conoscono le fonti: *usurae quae sunt in obligatione,* che hanno una causa propria per cui son dovute,

ed un'azione propria, e *usurae quae officio iudicis debentur:* queste sono dal giudice attribuite in base a quell' *officium iudicis* di cui si vale per giudicare dell'azione principale, talchè, se l'azione principale non si ha più, non si può neppure parlare di *usurae.*

Supponiamo che si sia fatta fideiussione per un debito che manchi di una stipulazione espressa d'interessi: qui il fideiussore non risponderà per gl'interessi. Ma, se si tratti di *usurae quae officio iudicis debentur*, il fideiussore ne è tenuto: ora, le *usurae ex mora* sono dovute *officio iudicis*, quindi sono dovute anche dal fideiussore. Queste *usurae ex mora* sono dovute in forza di un' *obligatio bonae fidei*: è il giudice che aggiunge all'obbligazione principale, *ex aequitate*, anche gl'interessi dovuti in forza della mora.

Tutto ciò è ben espresso nella L. 54 D. *locati conducti* XIX. 2: « Quaero an fideiussor condictionis etiam in usuras non illatarum pensionem nomine teneatur, nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur, eos, qui pro aliis pecuniam escolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni pensionum praestare debere usuras; usurae enim in bonae fidei iudicis, etsi non tam ex obligatione proficixantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen quum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, tantum fide tua esse iubes? Vel ita: indemnem me praestatis? »

Il caso è questo: si domanda se il fideiussore di una *locatio conductio* sia tenuto per il pagamento degli interessi dell'affitto dovuto. Paolo dice: se il fideiussore si è vincolato *in omnem causam conductionis*, sarà tenuto anche per gl'interessi, perchè nei contratti di buona fede gli interessi, sebbene non dovuti in forza dell'obbligazione medesima, vengono attribuiti dal giudice quando vi sia un'*obligatio in omnem causam*, la quale deve far ritenere che il fideiussore si sia voluto aggravare anche dello onere degli interessi. È pur vero che la fideiussione è di stretto

diritto, ma, quando con essa si garantisce un' obbligazione di buona fede, allora il fideiussore sarà tenuto all'*idem* dell'obbligo principale; infatti, essendo il giudice tenuto a seguire i criterii che disciplinano l'obbligo principale, se questo è di buona fede, seguirà anche nella fideiussione i criterii della buona fede.

Ma, quando si dovrà ritenere che il fideiussore sia obbligato *in omnem causam*? Quando egli non ha espressamente detto il contrario, o quando non ha posto un limite all'obbligo proprio.

L. 3 § 1 D. *de administrat. rer. etc.* L, 8: « Ex eodem libro: praedium publicum in quinque annos idonea cautione non exacta curatur reipublicae locavit, coeteris colonus si reliqua traxerit, et de fructibus praedis mercedes quae servari non potuerint, successor, qui locavit, tenebitur. Idem in vectigalibus, non ita pridem constitutum est, scilicet ut sui temporis singuli periculum praestarent. »

Questo passo ci dà un certo criterio al riguardo: colui che s'è obbligato per tutta la conduzione di chi ha preso in affitto la riscossione delle imposte dello Stato, è tenuto agl' interessi, se non ha espressamente aggiunto qualche cosa, che limiti l'obbligazione riguardo alla somma principale.

Si suol dire dagli scrittori che la fideiussione è *restrittiva* nella sua interpretazione; ma, quando il fideiussore si obbliga per quel determinato debito, egli deve subire le conseguenze di quella obbligazione e rispondere di tutti quegli accessorii, che formano tutt'uno col debito principale.

Ma, se si tratta di quegli accessorii che hanno un carattere eccezionale, il fideiussore non ne risponde.

Questo concetto risulta dalla L. 68 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Fideiussores magistratuum in poenam vel multam, quam non spopondissent, non debere convenire decrevit. » Si tratta di chi ha fatto fideiussione per i magistrati, in quanto debbono rispondere della sorveglianza sui tutori: il fideiussore sarà tenuto anche per le multe e per le penalità da cui i magistrati sono colpiti? No, perchè le parti non hanno voluto estendere l' obbligazione a ciò, che, avuto riguardo all'oggetto dell'obbligazione

principale, era un'*alia res:* se l'avessero voluto, l'avrebbero espressamente dichiarato.

§ 1 *huius legis:* « Pro Aurelio Romulo , conductore vectigalis, centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant, bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat , et conveniebat fideiussores tam in sortem, quam in usuras, qui deprecabantur: lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem , decrevit , fideiussores in usuras non teneri , sed quidquid ex bonis fuisset redactus, prius in usuras cedere, reliquum in sortem; et ita in id, quod defuisset, fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum. » È questo un passo importante : si tratta di persone che avevano fatto fideiussione per chi avea in appalto l' esazione delle imposte: il fisco chiamò in giudizio i fideiussori pel capitale e per gl'interessi : i fideiussori ricorsero all'imperatore, il quale , letta la *subscriptio* , e visto che l' obbligazione dei fideiussori era limitata al capitale annuo e non a tutti gli effetti , dispose che i fideiussori non erano tenuti agli interessi, che si vendessero i beni del debitore e poi si richiedesse dai fideiussori il resto del capitale. Così i fideiussori non erano tenuti, in questo caso, agl'interessi , perchè vi era nella formola stessa della fideiussione qualche cosa che limitava il loro obbligo.

Ecco quindi come nella ipotesi del passo si esclude l' obbligo del pagamento degl'interessi di mora, non essendovi obbligo *in omnem causam.*

Un punto importante si rileva nell' ipotesi della tacita riconduzione: chi ha fatto fideiussione per la locazione, deve rispondere anche per la tacita riconduzione? Rigorosamente no, perchè la riconduzione è un negozio nuovo e, salvo patto contrario, l'obbligazione fideiussoria non si può estendere ad essa. Sebbene non si riscontri nelle fonti alcuna risoluzione diretta della questione , ne troviamo un accenno nella L. 13 § 11 D. *locati conducti* XIX. 2: « Qui impleto tempore conductionis , remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata Sed hoc ita verum est,

si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; huius enim novus consensus est necessarius. » Chi, compiuto il tempo della locazione, resta nel godimento della cosa, si ritiene non solo che abbia tolto di nuovo in locazione la cosa, ma che perduri il vincolo di pegno, tranne che questo non sia dato da un terzo, nel qual caso è necessario il consenso di quest'ultimo. Se ciò è vero per il pegno, a maggior ragione sarà vero per la garanzia personale.

Conchiudendo, quando si dice che la fideiussione è *stricti iuris*, si afferma il principio generale che il giudice deve guardare in ogni atto l'*id quod actum est inter partes*: ma egli avrà pure facoltá di trarre dall'esame di quell'atto determinato la propria convinzione, anche in base a presunzioni.

Natura del contratto di fideiussione

§ I.

Si suol dire, specie dai civilisti, che la fideiussione sia un contratto di beneficenza, nel quale, più che il principio egoistico, si attui quello altruistico, e che si abbia ogni qual volta alcuno interponga la propria responsabilità, personale o patrimoniale, per far trovare credito ad altri, senza percepire alcun compenso.

Questo concetto può essere vero, ma semplicemente come principio generale: non è necessario che la fideiussione sia gratuita. Il fideiussore può ricevere compenso, e questo può essere dato o dal creditore ovvero dal debitore.

Nel primo caso, è ritenuto da molti scrittori, che la fideiussione degeneri in un'altra figura di contratto, in quello di assicurazione, in quanto che il creditore, col pagare al fideiussore, fa si che che questi assuma il rischio dell'affare; e si cita specialmente al riguardo una figura notissima del diritto commerciale moderno, lo *star del credere*, termine che troviamo negli statuti delle antiche repubbliche italiane. Generalmente, quando il commissionario agisce per conto di una persona, non assume

la responsabilità della solvibilità del terzo, nè del buon esito dell'affare; nondimeno, spesse volte, promette di assumerne il rischio, conchiudendo in tal caso un vero contratto di assicurazione.

Contro questa dottrina, prevalente in Francia, v'è l'autorità di molti scrittori: la Cassazione di Roma, in una sentenza estesa dal Pacifici-Mazzoni, ha deciso che l'intervento del compenso non muta la natura giuridica della fideiussione; ed infatti il nostro codice, nella definizione del contratto, non parla affatto di assunzione di rischi per affari di tal genere.

In vero, non si può negare che vi sia, in questo caso, assunzione di rischio da parte del fideiussore; ma ad ogni modo, la questione, posta di fronte ai termini del nostro diritto positivo, non può farsi pel diritto romano, nel quale manca il concetto dell'assicurazione.

Può ancora il compenso esser dato dal debitore. E' naturale, infatti, che una persona, che non possa trovare credito, si rivolga a chi gli presti garanzia, dietro compenso. Il contratto è perfettamente lecito, e nulla osta che v'intervenga la mercede: solo, mentre in genere fra fideiussore e debitore vi è rapporto di mandato, in questo caso, quando vi sia compenso, vi sarà un contratto innominato, essendo il mandato, nel diritto romano. un contratto gratuito.

§ II.

La fideiussione, secondo il nostro codice, può essere legale, giudiziale e convenzionale. Questa tripartizione risponde alla divisione che il diritto romano facea delle stipulazioni cauzionali: *conventionales*, *praetoriae*, *iudiciales* e *communes*. Le prime erano il portato della libera volontà delle parti; le pretorie erano imposte dal pretore, nel primo stadio del giudizio, per garanzia relativa ad un fatto; le giudiziali erano imposte dal giudice nella sentenza, per garantirne l'esecuzione, e le comuni, infine, erano prestate dalle parti, nel primo o nel secondo stadio, per ordine del pretore o del giudice, secondo i casi.

Le pretorie, le quali si fondano sopra una norma del diritto oggettivo, sono quelle che più si accostano alle forme di garanzia legale del diritto moderno.

§ III.

Può far fideiussione in genere chiunque sia capace di obbligarsi. È importante tener parola di una speciale incapacità, quella della donna, che in diritto romano si riferisce non solo alla fideiussione, ma all'*intercessio* in genere.

Già, fin dai tempi di Augusto, era vietato alle donne d'*intercedere pro viris*; poscia il senatoconsulto Velleiano estese il divieto all'*intercessio pro aliis* (*ne foeminae pro aliis intercedant*).

Ma qual'è il concetto dell'*intercessio?* Bisogna porlo in relazione con quello di garanzia: non si tratta di assunzione di garanzia, ma di assunzione diretta o indiretta di un obbligo che non è nostro. Può assumere varie forme; l'assunzione diretta può essere *cumulativa* o *privativa*: privativa se una persona si sostituisca al debitore: cumulativa, quando al debitore principale se ne aggiunga un altro: e ciò, o solidariamente, ovvero, mediante fideiussione, sussidiariamente.

Questa figura d'*intercessio*, in cui va compresa la fideiussione, si presta per via di obbligo personale, laddove la *intercessio* può aver luogo anche per via di pegno.

Tutte queste intercessioni, per cui la donna verrebbe ad assumere l'obbligo di una determinata persona, sono vietate, ma non sono nulle: solo, il senatoconsulto accorda alla donna un'eccezione.

Nella L. 2 § 1 D. *ad senatus. Velleia.* XVI. 1, si legge:

« Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime foeminis omnibus subventum est, cuius Senatusconsulti verba haec sunt: *Quod Marcus Silanus, et Velleius tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus foeminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt; quod ad fideiussiones, et mutui dationes pro aliis,*

quibus intercesserint foeminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum est, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur. »

I consoli, di cui parla la legge, esposero al Senato gl'inconvenienti che derivavano da quest'obbligo, e lo interpellarono sul da fare: ed il Senato, per quanto si riferiva alle fideiussioni ed alle azioni di mutuo, per le quali le donne avessero fatto *intercessione*, sebbene già prima si fosse stabilito di non accordare nè azione reale, nè personale contro queste donne, non essendo equo che esse si occupassero di ufficii virili e fossero costrette all'adempimento di questo genere di obbligazioni, ritenne, che coloro che fossero aditi per questo, agissero rettamente e con ordine, e si adoperassero a che la volontà senatoria fosse osservata.

E' una disposizione del Senato, data per tutelare la condizione della donna: mentre, già per lo innanzi, qualche pretore aveva creduto di stabilire che contro la donna fosse negata la azione, il senatoconsulto in parola dispose che non fosse ufficio della donna quello d' *intercedere pro aliis*. La ragione della disposizione è che la donna, la quale difficilmente si induce ad assumere un' obbligazione che prontamente si deve assolvere, ordinariamente poi si lascia persuadere ad assumere un obbligo eventuale, nella speranza che possa essere soddisfatto da altri; massima che informa tutto il sistema del diritto romano. Ma, vorrà dire il senatoconsulto che la donna, quando abbia fatta fideiussione, non sarà *ipso jure* obbligata? No, invece può opporre l' eccezione del senatoconsulto Velleiano, la quale recide l'obbligo dalle radici, a modo che non ne resti neppure l'elemento naturale.

Il principio generale, dunque, è che la fideiussione è vietata: l'obbligazione fideiussoria regge, è solo ostacolata da un' eccezione.

Tuttavia la donna non potrà opporre sempre tale eccezione: bisognerà riconoscere qualche caso in cui l'eccezione non può essere ammessa.

I. Se un creditore abbia accettata la fideiussione in circostanze tali da credere che il divieto del senatoconsulto non vi sia, quando il suo errore sia scusabile, si dovrà dire che la donna non potrà opporre l'eccezione suddetta.

L. 4 D. *ad senatus. Velleia.*: « Sed si ego cum muliere ab initio contraxerim, cum ignorarem, cui haec factum vellet, non dubito Senatusconsultum cessare: et ita Divus Pius et Imperator Noster rescripserunt. » Vuol dire che se il creditore riteneva che si trattasse di obbligazione assunta dalla donna per sè e non per altri, la disposizione del Senato dovrà considerarsi inefficace.

II. L'eccezione non potrà neanche farsi valere, quando il creditore sia un minore, e non abbia altro mezzo per far valere le proprie ragioni: si ha in tal caso una lotta fra due privilegiati, la donna ed il minore, lotta che si risolve a favore di quest'ultimo. Il minore potrà agire contro la donna, solo quando non possa aver soddisfazione sui beni del debitore. L. 12 D. *de minor. vigitiquinque ann.* IV. 4: « Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque caeteri, per exceptionem summoveri debet: scilicet quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec, si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio. »

III. Se la donna abbia adoperato dolo per persuadere il creditore ad accettare la sua garanzia, il dolo impedisce il corso dell'eccezione.

L. 2 § 3 D. *ad senatus. Velleia.*: « Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae. Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt, nam deceptis non decipientibus, opitulatur: Et est et Graecum Severi (tale) rescriptum: *decipientibus mulieribus Senatusconsultum auxilio non est*: infirmitas enim foeminarum, non calliditas, auxilio demit. »

Il principio enunciato nel passo è che allora si viene in

soccorso della donna, quando questa non abbia agito dolosamente per ingannare il creditore, e vi è ancora un rescritto greco, concepito appunto in questi termini.

IV. Lo stesso si deve dire quando la donna abbia ricevuto o un compenso per prestare garanzia, ovvero quel tanto che è necessario per pagare per conto del debitore; perchè, nel primo caso, non vi è più contratto di beneficenza, ma affare meditato; nel secondo caso, cioè, se il debitore ha fatto la provvista dei fondi alla donna, potrà questa rifiutarsi di pagare, opponendo l' eccezione? No, perchè in tal caso non vi è impoverimento da parte sua.

V. E' permesso alla donna di far fedeiussione, quando si tratti di costituzione di dote a favore di altra donna; qui è meno facile che la medesima si lasci trascinare dalla speranza che altri paghi. Ma, se la donna abbia avuto intenzione di donare, potrà opporre l'eccezione?

In base ai testi non si può dare sicura risposta; per lo spirito del senatoconsulto l' eccezione dovrà essere negata, in quanto che la donna, fin da principio, sapeva di assumere un' obbligazione propria.

VI. Disposizione che si trova nelle fonti è che la donna che abbia confermata la fideiussione o la *intercessio*, in genere dopo due anni, non possa più opporre l'eccezione.

Giustiniano ha stabilito pure che non si parlasse di eccezione, ma di nullità assoluta, quando mancassero i testimoni e l' obbligazione non fosse fatta per atto pubblico; e ha disposto ancora che fosse nulla quella assunta dalla donna pel marito.

Si dovrà dire che la donna non può opporre l' eccezione, quando crede di obbligarsi per un debito proprio? Se, per esempio, si tratti di un debito proprio, l'assunzione dell'obbligo della donna cade sotto il divieto del senatoconsulto? No, perchè manca quella speranza che altri paghi, che è la ragione della disposizione del Senato. Ma bisogna tener presente un passo nel quale è affermato il contrario.

L. 23 D. *ad senatus, Velleia:* « Si mulier in iure interrogata, responderit *se heredem esse*; si sciens se heredem non esse,

responderit, minime intercessisse videri, quia decepit: quod si existimavit se heredem, et eo nomine decepta responderit, in eam actionem quidem dari, plerique existimaverunt, sed exceptione Senatusconsulti adiuvari. »

Sono prevedute due ipotesi: la donna, all' interrogazione formale, ha risposto di essere erede, sapendo di non esserlo, ovvero ha risposto di essere erede, credendo di essere erede, mentre non lo era. In tutti e due i casi ha assunto un obbligo altrui; tuttavia, si dice, essa sarà condannata a pagare, nel primo caso, perchè ha ingannato; ma, se essa, credendo di essere erede si assunse l'obbligazione, l'*intercessio* vi è, ma si accorda l'eccezione. Ma qui, si obbietta, si va contro lo spirito del senatoconsulto, il quale ha voluto evitare che la donna, per la sua naturale leggerezza, intercedesse per altri. A queste obbiezioni si può rispondere facilmente che qui la donna ha avuto intenzione di obbligarsi per sè, e per sè non è obbligata; ma neppure è obbligata per altri, e per conseguenza si deve accordare l'eccezione.

Altri divieti che hanno un carattere tutto particolare e che non si rispecchiano nel diritto moderno, sono quelli di garanzia per locazioni, imposti ai *curiali*, ai *decurioni* ed ai *militari* e, nel diritto ultimo, di garanzie per le pubbliche imposte, le locazioni, i mandati, le tutele agli *ecclesiastici*.

Effetti della fideiussione

§ 1.

Rapporti fra il creditore ed il fideiussore. Il creditore non soddisfatto ha diritto di rivolgersi contro il fideiussore che è obbligato accessoriamente. Ma potrà rivolgersi direttamente contro il fideiussore, senza esercitare in prima linea la sua azione contro il debitore principale?

Per diritto classico il creditore aveva questa facoltà: la fideiussione nel diritto classico è accessoria, ma non sussidiaria: il creditore può scegliere l'uno o l'altro, benchè fosse indecoroso

per lui rivolgersi direttamente contro lo *sponsor*, pur essendovi la possibilità che l'obbligato principale pagasse. Varii passi affermano questo concetto.

L. 5. Cod. *de fideiuss. et mandat.* VIII. 40: « Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur. »

Dice la legge: secondo il nostro diritto, è in potestà del creditore di agire contro i fideiussori, tralasciando l' obbligato principale, salvo patto contrario.

L. 19 h. t.: « Si alienam, reo principaliter constituto, obligationem suscepisti, vel fideiussorio sive mandatorio vel quocunque alio nomine pro debitore intercessisti, non posse urgeri creditorem, eum qui mutuam accepit pecuniam, magis quam te convenire, scire debueras, quum si hoc in initio contractus specialiter non placuit, habeat liberam electionem. »

Se, dice il passo, hai assunto l'obbligazione altrui quando già uno si è reso debitore principale, sia che tu abbia interceduto in qualità di fideiussore, sia di *mandator*, sia sotto altro titolo, è sempre certo che non si possa costringere il creditore di rivolgersi piuttosto contro colui che ha preso il danaro a mutuo, che contro di te.

E allora, che avveniva, se il creditore chiamava in giudizio o il debitore principale o il fideiussore? La obbligazione dell'altro, non chiamato in giudizio, si perimeva: la *contestatio litis*, si diceva, consumava assolutamente l' altra obbligazione. Ma questo, solo che si trattasse di vera e propria fideiussione: per il mandato e per il *constitutum*, questo non poteva avvenire; infatti si comprende che chi ha fatto prestito dietro mandato datogli da altri, potrà rivolgersi prima contro la persona a cui ha fatto il prestito, e se questa non lo soddisferà, contro il *mandator pecuniae credendae*.

Nella pratica si rimediava all'inconveniente accennato, mediante patti contrarii: questi davano alla fideiussione un carattere tutto particolare: sorse così la *fideiussio indemnitatis*, in forza della quale il fideiussore si obbligava a tenere indenne

il creditore di quanto questi non avesse potuto esigere dal debitore principale.

L. 150 D. *de verb. sign.* L 16: « Si ita a te stipulatus fuero: *quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?* non solet dubitari quin, si nihil a Titio fuero consecutus, totum debeas, quod Titius debuerit. »

In questa figura della *fideiussio indemnitatis*, per la quale il fideiussore è obbligato a pagare quel tanto che non è stato pagato dall'obbligato principale, è compresa anche l'ipotesi che l'obbligato principale non paghi niente; ma il creditore sarà sempre obbligato a rivolgersi prima contro il debitore principale ed a far valere tutte le azioni di cui può disporre.

L. 116. D. *de verb. oblig.* XLV. 1: « Decem stipulatus a Titio, postea, quanto minus ab eo consegui posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire: sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fuerit. Paulus notat: non enim sunt duo rei Marius et Titius eiusdem obligationis, sed Maevius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit; igitur nec Titio convento Maevius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est; et solvente Titio non liberatur Maevius, qui nec tenebatur, quum conditio stipulationis deficit: nec Maevius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri; a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur. »

E' questo il testo fondamentale in ordine alla *fideiussio indemnitatis*. La prima parte di esso ripete il concetto della precedente legge: se tu hai stipulato da Tizio il pagamento di dieci, e da Mevio, che da lui percepirai quello che non avrai potuto percepire da Tizio, senza dubbio Mevio può subire il pericolo di tutto il debito: ma, se anche tu abbia chiesto i dieci da Tizio, Mevio non sarà liberato, se prima contro Tizio non sia emanata la sentenza.

Così viene qui ad evitarsi l' inconveniente dell' antico rigore. Ed ecco la seconda parte del passo: Paolo nota: Mevio e Tizio non sono parimenti obbligati, quindi non può essere accordata libertà di scelta al creditore, ma Mevio deve pagare

solo quanto da Tizio non si possa esigere. Ed è perciò che chiamato in giudizio Tizio, Mevio non sarà liberato, non essendosi ancora verificata la condizione; e, se Tizio paga, Mevio non si può dire liberato, perchè, non essendosi verificata la condizione, egli non è stato mai obbligato.

La prima riforma apportata si riscontra in una costituzione di Giustiniano. L. 28. Cod. *de fideiuss. et mandat.* VIII. 40, nella quale si stabiliva che, chiamato in giudizio uno dei due obbligati, restasse intatta l'azione contro l'altro: non si mira alla consumazione della lite, ma al soddisfacimento.

Ma, la riforma fondamentale fu arrecata nella Novella IV di Giustiniano, in forza della quale venne sancito che non si potesse agire contro il fideiussore, se prima non si fosse escusso il debitore principale (*beneficium excussionis vel ordinis*).

La differenza fra questa forma di fideiussione del diritto giustiniano e la *fideiussio indemnitatis*, è che in questa vi è una condizione, laddove nella prima si ha l'eccezione del fideiussore, per la quale il creditore è obbligato a rivolgersi contro il debitore principale; e, mentre nella *fideiussio indemnitatis* il giudice assolve di ufficio il fideiussore chiamato in giudizio prima del debitore principale, nella fideiussione della Novella IV il giudice deve aspettare che il fideiussore opponga la sua eccezione.

Tale riforma non ha luogo in questi casi, che la Novella IV riferisce:

1° Quando manchi al creditore l'azione contro il debitore principale: per esempio, quando l'obbligazione contratta dal debitore principale sia semplicemente naturale. (1)

(1) A tale proposito preghiamo il lettore di correggere uno strano errore di tipografia, il quale fa dire il contrario di quello che si vorrebbe dire: a *pagina* 107, *linea* 4, uno spostamento di punteggiatura, con la soppressione delle parole *i quali dicono*, dopo *scrittori*, fa credere che la opinione degli scrittori, i quali affermano che la fideiussione prestata per un obbligo naturale debba avere carattere naturale, sia la nostra: invece, è proprio quello che si censura.

2.° Non si dà il *beneficium excussionis* quando vi si sia rinunziato espressamente o tacitamente, cioè con fatti incompatibili con la volontà che sia chiamato in giudizio il debitore principale.

3.° Quando il debitore principale sia assente: a tale effetto si considera assente chi non sia nella stessa provincia nella quale il debitore agisce.

In generale il creditore può agire direttamente contro il fideiussore, quando il rivolgersi contro il debitore principale renda più difficile il conseguimento del proprio diritto.

Si ha ancora il diritto di rivolgersi direttamente contro il fideiussore in altre ipotesi non contemplate dalla Novella IV infatti, se il fideiussore abbia dolosamente negato di aver fatto fideiussione, non ha diritto di domandare che sia escusso prima il debitore principale.

Questo si argomenta, per via di analogia, da una disposizione relativa al beneficio di divisione.

L. 10 § 1 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Ita demum inter fideiussores dividitur actio, si non infitientur; nam infitiantibus auxilium divisionis non est indulgendum. » Dice Ulpiano, che fra i fideiussori si divide l'azione se alcuno non si nega; a coloro che negano non si concede il beneficio della divisione. Dovremo noi dire che a costoro si negherà anche il beneficio della escussione? E' difficile poterlo asserire, poichè la Novella tace a questo proposito: però vi è il principio generale, che di fronte a colui che agisce con dolo è lecito sempre opporre questi fatti dolosi, tanto più che a questo principio risponde tutto il sistema romano, per cui il diniego doloso colpisce colui che ha negato, e, d'ordinario, con la pena del doppio.

Il *beneficium excussionis* è stato introdotto per accostare la *fideiussione* alla figura della *fideiussio indemnitatis*; ma resta sempre una differenza fondamentale fra i due tipi.

§ II.

Il fideiussore che ha pagato ha diritto di farsi cedere dal creditore le sue azioni contro il debitore principale e contro i confideiussori.

Per il mandato di credito non si può in alcun modo dubitare della verità del principio suddetto, il quale risulta dalle stesse disposizioni relative al mandato.

L. 27 § 5 D. *mandati vel contra* XVII. 1 « Si mandatu meo Titio credideris, et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris; sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris. » Il caso è questo: Primo ha dato mandato di credito a Secondo, perchè prestasse danari a Terzo: questi alla scadenza non ha pagato. Il *mandator pecuniae credendae*, cioè Primo, non può essere condannato, se prima Secondo non gli cederà le azioni contro Terzo. Infatti, dai principii generali relativi al mandato risulta che il mandatario non deve ritenere presso di sè alcun vantaggio dell'atto che ha compiuto nell'interesse del mandante: se questi ha pagato, non vi ha dubbio che il vero creditore sia tenuto a cedergli le azioni. Ma, se Secondo vorrà esercitare la sua azione contro Terzo, Primo non sarà liberato, ma sarà obbligato verso di Secondo per quello che da Terzo non è stato pagato. A tal riguardo il *mandatum pecuniae credendae* si accosta alla *fideiussio indemnitatis*.

Può dirsi lo stesso in tema di fideiussione? L 36 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Cum is qui et reum et fideiussores habet, at uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones poterit quidem dici, nullas iam esse, quum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit; et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. » E' Tizio che ha per debitore Primo, e per fideiussori, Secondo e Terzo: egli conviene dei fideiussori il solo Ter-

zo, il quale paga: il creditore cede le azioni a Terzo. Si può dire che non vi sia più azione contro gli altri, perchè col pagamento del prezzo tutti sono liberati? No, perchè il creditore non riceve a titolo di pagamento; egli ha quasi venduto il credito che aveva contro il suo debitore. Qui s' interpreta la volontà delle parti nel senso che il fideiussore abbia pagato per comprarsi quel credito.

Vediamo ora se questo concetto è stato pacificamente accolto dagli scrittori.

Una soluzione opposta ci dà Modestino, scrittore posteriore a Paolo, e suo discepolo, nella L. 76 D. *de solut. et liber.* XLVI. 3, in tema di pagamento: « Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint; nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit; quodsi ante solutionem hoc factum esset; vel cum convenisset, *ut mandarentur actiones* (1), tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est: salvas esse mandatas actiones: cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videatur. »

Modestino dice: se dopo il pagamento integrale del debito, eseguito senza che si sia fatta espressa riserva, siano state cedute le azioni, tale cessione non produce effetto giuridico di sorta, perchè nessun'azione rimaneva: se, invece la cessione è stata effettuata prima del pagamento, ovvero la si è convenuta espressamente, allora la cessione avrà piena efficacia, in quanto che si deve ritenere, in quest' ultimo caso, che il pagamento sia stato il corrispettivo della medesima. Ecco come Modestino accetta quello che Paolo afferma, solo quando vi sia espressa riserva delle azioni.

Si è tentato mettere d' accordo i due passi, facendo osservare che se Paolo parla in generale di cessione di azioni, Mo-

---

(1) Si noti la frase *ut mandarentur actiones*, per indicare la cessione delle medesime: pel diritto romano era impossibile cedere direttamente le azioni: si doveva quindi ricorrere ad un ripiego, al *mandato giudiziale*.

destino parla di debito tutelare; ma, non vi è ragione di distinguere: il ragionamento di Modestino, il quale si fonda sulla stretta logica giuridica, non si può dire che risponda ad un caso speciale.

Data l'antinomia, dobbiamo fermarci sulla soluzione che ci dà Paolo. Il passo di Paolo è nella *sedes materiae*, l'altro invece è tolto dal titolo *de solutionibus*, quindi vi è più ragione di attenersi al primo che non al secondo: applichiamo così una delle norme generali, in tema d'interpretazione.

§ III.

Alcuni ritengono che il beneficio della cessione delle azioni venga accordato al fideiussore, solo quando a lui competa il regresso contro il debitore principale; quindi non gli potrà spettare, quando abbia fatta fideiussione *animo donandi*. Si vedrà in seguito in quali condizioni potrà dirsi che competa al fideiussore regresso contro il debitore; ma potrà il fideiussore pretendere che il creditore gli ceda le azioni, se gli manca il regresso?

Si obbietta che in tale caso si verrebbe a creare addirittura un diritto contro il debitore; ma questa non è ragione decisiva.

Dunque il creditore dovrà in ogni caso cedere le azioni; solo sarà questione di vedere, nei rapporti fra debitore e fideiussore, se questi potrà farle valere; come pure al creditore sarà data l'*exceptio doli*, ove ne sia il caso.

§ IV.

Quid iuris se il fideiussore ha pagato meno di quello che doveva, ed è stato liberato dal creditore? Potrà rivolgere per il tutto contro il debitore le azioni che gli sono state cedute? E' certo che egli non lo potrebbe: a meno che il creditore non avesse voluto donargli quella differenza; ed allora il debitore non potrebbe profittare di questa liberalità.

Si deve cedere qualunque azione, anche ipotecaria, purchè dalla cessione delle azioni non derivi alcun danno al creditore.

Il caso è contemplato in un passo delle fonti:

L. 2 Cod. *de fideiuss. et mandat.* VIII. 40: « Creditori, qui pro eodem debito, et pignora, et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit, quod cum facit, debet ius pignorum in eum trasferre. Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est trasferre pignora, quam omne debitum exolvatur. »

Il creditore, che ha lo stesso credito garantito da garanzia reale e personale insieme, se ama meglio chiamare in giudizio il fideiussore pel pagamento di quel danaro, per cui si è obbligato, dovrà trasferire nello stesso il pegno.

Ma se il pegno o l'ipoteca serve a garantire ancora un altro credito, poichè il pegno è indivisibile e l'ipoteca *est tota in toto et tota in qualibet parte*, così non potrà costringersi il creditore a cedere l' azione reale, prima del soddisfacimento integrale del debito. Il beneficio della cessione delle azioni ha la sua base nell' equità; quindi una soluzione contraria a quella che si trova nelle fonti condurrebbe a conseguenze inique.

§ V.

Rapporti fra debitore e fideiussore — Il fideiussore può aver garantito o con l' assenso del debitore principale o all' insaputa di lui, ovvero, contro la sua volontà. Ora la condizione del fideiussore non è la stessa nelle tre ipotesi: occorre distinguere fra il tempo anteriore al soddisfacimento, per parte del fideiussore, e quello posteriore.

I. Quali sono i diritti del fideiussore prima del pagamento?

Egli deve aspettare che scada il termine ; può tuttavia avere un mezzo per garantirsi, prima d'aver pagato , quando concorrano ragioni speciali: il diritto di *liberazione* o di *rilievo*, secondo la terminologia del codice nostro.

Di questo diritto si occupano due passi delle nostre fonti.

L 38 D. *mandati vel contra* XVII. 1: « Lucius Titius Publio Maevio filio naturali domum communem permisit, non donationis causa, creditori filii obligare: postea Maevio defuncto, relicta pupilla, tutores eius iudicem adversus Titium acceperunt, et Titius de mutuis petitionibus: Quaero, an domus pars, quam Titius obligandam filio suo accomodavit, arbitratu iudicis liberari debet? Marcellus respondit, an, et quando debeat liberari ex persona debitoris, itemque, ex eo, quod inter contrahentes actum esset, ac tempore, quo res, de qua quaereretur, obligata fuisset, iudicem aestimaturum: est enim earum specierum iudicialis quaestio, per quam res expediatur. » Continua il giureconsulto nel § 1 della stessa legge: « Non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet, fideiussor an, et prius, quam solvat, agere possit, ut liberetur? Nec tamen semper expectandum est, ut solvat, aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessavit, aut certe bona sua dissipavit: praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori, mandati actione conveniat. »

Il caso è il seguente: Lucio Tizio aveva concesso ad un suo figlio naturale, Publio Mevio, di ipotecare la casa comune ad entrambi. Morto Mevio, lasciando una figlia in età impubere, i tutori contestarono la lite contro L. Tizio, il quale a sua volta riconvenne i tutori della pupilla, domandando che venisse liberata quella parte del fondo che aveva concesso si fosse vincolata a pegno. Marcello è d'opinione che si debba tutto rimettere all'estimazione del giudice.

La quistione che si tratta in questo passo non ha che vedere con la nostra, perchè chi domanda la liberazione, prima del pagamento, non è fideiussore; nel paragrafo che segue troviamo invece la soluzione.

Si disputa se il fideiussore., prima di pagare, possa agire contro il debitore principale per essere liberato; e si afferma che non è necessario che paghi o che, contestata la lite, venga condannato; sibbene il fideiussore potra agire in rilievo in due casi: mora prolungata per parte del debitore principale, e dis-

sipazione dei propri beni; specialmente, soggiunge, quando il fideiussore non abbia pronto il danaro.

L. 10 Cod. *mandati vel contra* IV. 35: « Si pro ea contra quam supplicas, fideiussor seu mandator intercessisti; et neque bona (sua) eam dilapidare (postea) coepisse comprobare possis, ut (tibi) iustam metuendi causam praebeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire: nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est. Fideiussorem vero seu mandatorem exceptionem munitum, et iniuria iudicis damnatum, et appellatione contra bonam fidem minime usum, non posse mandati agere, manifestum est. »

Da questo passo si ricava che il diritto di rilievo si ha anche in caso di mandato di credito. Ora, dice il giureconsulto, il principio generale è che chi ha fatta garanzia, come fideiussore o come *mandator*, quando non sia stato condannato, ovvero quando non possa provare che il debitore abbia incominciato a dissipare i suoi beni, nè possa dimostrare che fin da principio ha assunto l'obbligazione, in modo da poter agire anche prima del pagamento, quando cioè non vi siano ragioni speciali, non potrà agire contro il garantito per esser liberato.

D'altro canto vi sono dei casi in cui, di fronte al debitore principale, può tutelare le sue ragioni. Se, per esempio, il debitore abbia accettato di far garanzia, perchè credeva di trovarsi di fronte a persona onesta, e poi il debitore si trovi in mora, ovvero incominci a dilapidare i suoi beni, ovvero se il fideiussore non solo sia chiamato in giudizio, ma addirittura venga condannato, allora avrà buona ragione di farsi liberare.

In che consiste questa liberazione di fronte al debitore?

Se questi, col pagamento, non lo libera, vien condannato a tenere indenne il fideiussore di tutto quanto quest'ultimo dovrà pagare per lui. L'azione non tende quindi esclusivamente a liberare il fideiussore dall'obbligazione per sentenza: il giudice in via principale ordina la liberazione, in via sussidiaria, condanna il debitore all'*id quod interest*.

Sono tre i casi di eccezione, in cui si ammette il diritto di liberazione:

a) mora durata a lungo. Il nostro codice (1) distingue le obbligazioni a tempo determinato da quelle che non hanno termine: nel primo caso il fideiussore, scaduto il termine, ha il diritto di regresso contro il debitore principale; nel secondo, di regola, il fideiussore può essere liberato dopo dieci anni, se la obbligazione non richiede tempo maggiore, come accade riguardo alla tutela;

b) dissipazione de' beni, da parte del debitore. Il codice nostro (2) richiede invece che vi sia fallimento o non solvenza;

c) condanna del fideiussore. Il codice nostro (3) richiede solo che il fideiussore sia stato convenuto giudizialmente pel pagamento.

Quando il fideiussore sia chiamato in giudizio, allora avrà diritto di chiamare in rilievo il debitore principale, affinchè il giudice dichiari, in prima linea, l'obbligo di pagare, ed in linea accessoria condanni all'indennità.

Il fideiussore che sia obbligato in solido col debitore principale, potrà far valere il suo diritto di rilievo verso il debitore medesimo. Infatti, l'obbligazione in solido ha efficacia nei rapporti fra debitore principale e creditore, perchè il vero obbligato è il debitore principale. Questi è tenuto a togliere il fideiussore da qualunque molestia.

Si ricordi come nel diritto moderno, in materia commerciale, la solidarietà è di regola, anche pei fideiussori non commercianti che garantiscano un obbligo commerciale: quindi, non si dà beneficio di escussione salvo patto contrario; ma il diritto di rilievo compete al fideiussore anche se non è obbligato in solido.

---

(1) Art. 1919, 5° cap.

(2) Art. 1919, 2° cap.

(3) Art. 1919, 1° cap.

§ VI.

II. Esaminiamo ora quali sono i diritti del fideiussore dopo che ha pagato.

Allo scadere del termine, o egli avrà soddisfatto volontariamente la sua obbligazione, o egli sarà chiamato in giudizio. Potrà egli rivolgersi contro il debitore principale e farsi soddisfare della somma pagata? Se il debitore principale ha dato al fideiussore mandato perchè garentisca l'obbligazione, non vi è dubbio che competa al fideiussore che ha pagato l' *azione di mandato*. Già fin dall'antico diritto, nella *sponsio*, vi era una azione apposta (*actio depensi*) per far rientrare lo *sponsor* nel possesso dello sborsato: ed era un'azione con carattere severo, era una *legis actio per manus iniectionem*, che non permetteva al debitore eccezioni litigiose per l' adempimento dell' obbligazione.

Per il fideiussore manca un'azione speciale: bisogna quindi riportarsi ai principii generali relativi al mandato, i quali dicono che chi dà mandato deve subirne le conseguenze, chi ha assentito che una persona facesse fideiussione, deve risponderne.

L 6 § 2. D. *mandati vel contra* XVII. 1: « Si passus sim aliquem pro me fideiubere, vel alias intervenire, mandati teneor; et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio ».

La legge dice: se io ho permesso che altri faccia fideiussione per me, o in altro modo si garentisca, sarà tenuto con l'*actio mandati*: e vi sarà l' azione di mandato, a meno che tu non abbia fatto intercessione o *contro la volontà dell'obbligato principale*, o *con animo di far donazione* oppure assumendo il carattere di un *gestor negotiorum*.

Da ciò si ricava che quando vi sia non un ordine reciso di far mandato, ma una semplice tolleranza che altri si garentisca per noi, saremo tenuti con l'*actio mandati*. Se il debitore principale è presente alla conchiusione del negozio giuridico e non s'oppone, s' intende egli abbia acconsentito: basta, insomma il

semplice stato passivo perchè egli sia tenuto, e, con l' azione di mandato, il fideiussore, facendo valere tutte le sue azioni di regresso, domanderà la restituzione del capitale, degli interessi e degli accessorii che ha pagato.

La legge che stiamo esaminando prevede tre ipotesi in cui il debitore non può essere tenuto con l'azione di mandato: *intercessio pro invito, donandi animo, negotiorum gestio*: incominciamo dall'ultimo.

1.° Quando io ho fatto fideiussione per Tizio, mentre Tizio ignora questo mio intervento, compio quest'atto sapendo che il mio intervento determinerà il creditore a fargli prestito. Si domanda: dovrà accordarsi azione di regresso al fideiussore contro il debitore principale nel caso che questi non paghi? Il testo dice che non gli si accorderà l' azione di mandato, ma gli si dovrà accordare l'*actio negotiorum gestorum*. Quest' azione si concede quando vi sia un *negotium utiliter gestum*: e per determinare se il *negotium* sia stato o no *utiliter gestum*, non si deve guardare al risultato finale dell' affare, ma alle condizioni in cui è stato impreso. Se io, quindi, col mio intervento ho fatto aver credito a Tizio, questo non potrà rifiutarsi, di restituirmi quello che io abbia potuto pagare per lui, perchè vi è stato un negozio *utiliter gestum*.

O il debitore principale ha acconsentito, ed allora il regresso si esercita con l'azione di mandato, o non ha acconsentito ed allora si eserciterà con l'*actio negotiorum gestorum*.

L. 20 § 1 h. t.: «Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit; nam mandati actio non potest competere, quum non antecesserit mandatum.» Al fideiussore spetta l'*actio negotiorum gestorum* quando abbia dato fideiussione per un assente, giacchè l' azione di mandato non può competere quando vi sia stato mandato precedente.

E se posteriormente il debitore abbia ratificato, si avrà l'azione di mandato? È uno dei punti controversi: la dottrina generalmente ritiene che resti sempre l'*actio negotiorum gestorum*; le conseguenze, del resto, sono identiche, sebbene identico non sia il mezzo.

2.° Se il fideiussore ha avuto intenzione di donare, non v'ha dubbio che il debitore convenuto in giudizio possa opporre un eccezione.

3.° L. 40 h. t.: « Si pro te praesente et vetante fideiussserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur. » Nel caso di fideiussione *praesente et vetante debitore*, non si accorda al fideiussore nè azione di mandato, nè *actio negotiorum gestorum*. A tal proposito si fa questione se competa al fideiussore che abbia pagato il diritto di farsi cedere le azioni dal creditore: evidentemente si; resterà poi a vedere quale sia l'efficacia di questa cessione nei rapporti fra fideiussore e debitore principale.

§ VII.

Suppongasi ora che il fideiussore abbia fatto fideiussione per un debito, formalmente del debitore principale , ma, in realtà suo: potrà, dopo aver pagato, agire contro il debitore principale in via di regresso ?

L. 8 § 1 D. *qui satisd. cog. etc.* II. 8. « Qui mulierem adhibet ad satisdandum, non videtur cavere, sed nec miles, nec minor viginti quinque annis probandi sunt, nisi hae personae in rem suam fideiubeant, ut pro suo procuratore. Quidam etiam, si a marito fundus dotalis petatur, in rem suam fideiussuram mulierem.

Ed ora esaminiamo altre ipotesi. L. 53 D. *mandati vel contra*: « Qui fide alterius pro alio fideiussit, eum solum convenire potest, qui mandavit, non etiam reum promittendi, nec me movet quod pecunia fideiussoris reus liberetur, id enim contingit, etsi meo mandato pro alio solvas. »

Il fideiussore si garantisce non per iniziativa del debitore, ma di un terzo: le ipotesi che la legge prevede sono due: se la garanzia è stata fatta, presente il debitore principale, e senza alcuna opposizione da parte sua, si avrà l'*actio mandati* non solo contro il mandante, ma anche contro il debitore principale, perchè egli era presente e non si oppose; ma, se questi era pre-

sente e si oppose, contro di lui non si avrà l'azione di mandato, perchè manca in lui l'intenzione di obbligarsi; il fideiussore qui ha voluto obbligare chi gli ha dato mandato.

Il caso più importante è quello contemplato dalla L. 60 § 1 h. t.: « Ad eum qui uxorem ducturus erat, litteris facit tales: *Titius Seio salutem. Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti: ideoque cum ex voto meo nuptura tibi sit, velim certum sis, secundum dignitatem tuam contrahere te matrimonium, et quamvis idonee repromissuram, tibi Titiam matrem puellae dotem sciam, tamen et ipse, quo magis conciliem animum tuum domui meae, fidem meam interponere non dubito. Quare scias, quodcunque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id mea fide esse iussisse, salvum te habiturum.* » È una lettera che Tizio, parente della sposa, per affetto verso di lei, scrive al suo fidanzato, Seio: lo saluta e gli dice: « Tu sai l'affetto che io ho per Sempronia, e perciò, poichè per mio desiderio essa si sposa a te, io voglio che tu contragga matrimonio secondo la dignità del tuo stato: e, sebbene io sappia che Tizia madre della fidanzata, ti prometterà la dote, tuttavia, per conciliare maggiormente l'affetto tuo alla famiglia mia, non dubito d'interporre la fede mia. Sappi adunque, che qualunque cosa abbia tu stipulato da Tizia a titolo di dote, io ti garantirò. »

Qui finisce la lettera: continua il passo. « Atque ita Titia, quae neque Titio mandaverat, neque ratum habuerat, quod scripserat, dotem Seio promisit; quaero, si haeres Titii ex causa mandati praestiterit, an actione mandati heredem Titiae convenire potest? Respondi, secundum ea, quae proponuntur, non posse. Item quaesitum est, an nec negotiorum gestorum? Respondi, secundum ea, quae proponuntur, non posse; palam enim facere Titium, non tam Titiae nomine, quam quod consultum vellet, mandasse. » E così Tizia, che nè aveva dato mandato, nè aveva ratificato quello che Tizio aveva scritto, promise la dote a Seio. La suocera non ha adempito agli obblighi e l'erede di Tizio ha dovuto pagare; potrà costui rivolgersi con l'azione di mandato contro l'erede della suocera? No. E similmente non potrà rivolgersi neppure con l'*actio negotiorum gestorum*,

perchè Tizio ha fatto garanzia non tanto nell'interesse di Tizia, debitrice principale, che volendo favorire la sposa.

E il passo continua: « Si maritus adversus mandatorem ageret, an aliqua exceptione summoveatur? Respondi, nihil proponi, sur summovendus sit. »

E, similmente, se il marito abbia agito contro chi ha dato mandato di garanzia, potrà essere respinto con un' eccezione?

Dunque si vede nel caso del passo negata l' azione di regresso e sotto figura di azione di mandato, e sotto quella di *actio negotiorum gestorum*, mancando in queste ipotesi i caratteri del *mandatum pecuniae credendae* e della *gestio negotiorum.* Non ha voluto il fideiussore obbligare il debitore principale: egli intervenne nell' interesse di una terza persona: quindi, anche quando manchi *l'animus donandi* verso il debitore principale, può mancare il regresso.

§ VIII.

Il fideiussore ha dritto di regresso in qualunque modo egli abbia soddisfatta l' obbligazione principale, sia che abbia effettuato un vero e proprio pagamento, sia che abbia fatto una *datio in solutum*, sia che abbia compensato quel debito con un altro credito che vantava contro il creditore stesso.

Suppongasi che il creditore abbia rimesso il debito al fideiussore: potrà quegli rivolgersi contro il debitore principale per farsi pagare? No, a meno che la remissione del debito non sia stata fatta dal creditore, principalmente nell'interesse del fideiussore, cioè con intenzione di fargli una donazione, a modo che tutto il vantaggio del credito vada a lui.

L. 10 § 13 D. *mandati vel contra*: « Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem, multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor, vel si cum liberationem legavit » Se dal creditore sia stata fatta al fideiussore un' *acceptilatio* a causa di donazione, io reputo che se il pagamento fu fatto ignorandolo il debitore non si può accordare

al fideiussore il regresso, ma se il fideiussore ha pagato senza colpa non v' ha dubbio che a lui competa il regresso.

A tal riguardo, le fonti si occupano specialmente di questo caso: il fideiussore ha pagato per un'ingiusta condanna che ha subito dal giudice: avrà in tal caso l'azione di regresso contro il debitore principale? Le fonti in tesi generale affermano che l' ingiuria resta al fideiussore che ha sofferto, ma se egli sarà scevro da colpa gli si accorderà il regresso.

L. 10 § 12 h. t.: « Generaliter Iulianus ait, si fideiussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem, quod si eam, qua reus uti, potuit, si sciens id fecit, non habiturus mandati actionem; si modo habuit facultatem rei conveniendi desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo, vel procuratorio nomine.»

Afferma Giuliano in modo generale: se il fideiussore abbia tralasciato di opporre un' eccezione personale, e tale che non poteva essere opposta dal debitore principale, avrà l' azione di mandato: ma se egli pagò pur conoscendo che il debitore principale poteva opporre un' eccezione, gli sarà negata l' azione di mandato, se egli era in condizione da convenire e da avvertire il debitore, in modo che questi potesse a nome suo o di procuratore entrare in lite.

L. 29 h. t.: « Si fideiussor conventus, quum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id, quod solverit, quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli, vel uno numeratur pecuniae, videtur dolo versari, dissoluta enim negligentia prope dolum est; ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione, et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi, vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exorcebit, dici oportet, ei mandati actionem competere; potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum ne forte ignarus solvat indebitum.» Se il fideiussore convenuto in giudizio, ignorando che il debi—

tore non aveva ricevuto il danaro, avesse pagato per causa della fatta fideiussione, si domanda se egli avesse diritto a richiedere quello che aveva pagato. Se egli sapendo di poter opporre eccezione di dolo o quella *non numeratae pecuniae*, abbia omesso di opporla, si ritiene che sia in dolo. Ma è veramente in dolo? Il giureconsulto dice, che in questo caso la negligenza supina del fideiussore si pareggia al dolo: infatti è principio generale di diritto romano che *culpa lata in civilibus dolo aequiparatur*. Ma se invece il fideiussore ha realmente ignorato, nulla gli si può imputare. E del pari, se al debitore principale competeva qualche eccezione, come ad esempio quella di patto o qualunque altra, ed egli, ignorandolo, non se ne sia avvalso, gli competerà l'azione di mandato: infatti il debitore principale poteva e doveva accertare il fideiussore, per evitare che questi, ignorando la cosa, avesse pagato.

Quindi, si deve dire che al fideiussore che ha pagato, mentre il debitore avrebbe potuto liberarsi, sarà negata l'azione di mandato solo quando sia in colpa.

E se niuno dei due sia in colpa?

(Paulus lib. III ad Ner.) L. 67 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus iniuria iudicis damnatus es: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alii transferre aequius est, scilicet si culpa tua iniustae damnationis causa praebuisti. » Se tu, avendo opposta l'eccezione che poteva giovarti, sei stato dal giudice condannato ingiustamente, nulla ti competerà per diritto di mandato, perchè l'ingiuria che ti è stata fatta, è più giusto che rimanga presso di te, piuttosto che passi ad altri, cioè nel caso in cui per tua colpa tu abbia sofferto una ingiusta condanna.

L. 10 Cod. *mandati* IV. 35: « Si pro ea, contra quam supplicas, fideiussor seu mandator intercessisti, et neque condemnatus es, neque bona eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut iustam metuendi causam praebeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla iuris ratione, antequam satis creditore pro ea

feceris, eam ad solutionem urgeri, certum est. Fideiussorem vero seu mandatorem, exceptione munitum, et iniuria iudicis damnatum, et appellatione contra bonam fidem minime usum, non posse mandati agere, manifestum est. » Del passo ci riguarda specialmente l'ultima parte che dice: è certo che il fideiussore o il *mandator* che, sebbene munito di un'eccezione, sia stato condannato ingiustamente dal giudice, e contro la buona fede non abbia prodotto appello, non possa però agire con azione di mandato.

La L. 67 dice che il fideiussore, sebbene abbia compiuto il suo dovere, opponendo l'eccezione della quale il giudice non ha tenuto conto, non ha diritto all'azione di mandato: *quia iniuriam quae tibi facta est penes te manere quam ad alios transferre aequius est*, quando, soggiunge inaspettatamente il passo, egli sia stato causa dell'ingiusta condanna.

La L. 10 prevede un altro caso: il fideiussore è condannato malgrado abbia opposto un'eccezione: egli *contra bonam fidem* non ha appellato: potrà agire con azione di regresso? No: qui dunque si applica la norma che solo in caso di colpa il fideiussore è tenuto.

Nella L. 67, la frase *scilicet si culpa tua iniustae damnationis causa praebuisti*, messa dopo una proposizione così recisa ed affermativa, dà luogo a molti sospetti d'interpolazione, tanto più che lo *scilicet* non è dei giuristi classici, ma è dimostrato che fu usato frequentemente dai compilatori del *Corpus iuris*. Certo, se colpa vi è per parte del fideiussore questo deve rispondere delle conseguenze della colpa, ma, se non v'è colpa? La proposizione generale di Paolo non lascia luogo a dubbi; ma risponde essa ai principii relativi al mandato? Evidentemente no.

E tornando alla L. 10: si dice che il fideiussore era in colpa perchè *contra fidem* non ha appellato: quindi mancando in lui l'elemento della colpa, non gli sarebbe mancata l'azione di regresso: come, se egli non aveva appellato, perchè l'esito dello appello si presentava assai incerto. Stando quindi alla parte generale del passo di Paolo, noi dovremmo dirla contraria ai principii del mandato.

Come risolvere la quistione? Di fronte al diritto classico, se non si avesse il passo di Paolo, noi dovremmo dire che, mancando la colpa nel fideiussore, a lui competa l'azione di regresso; ma nel diritto giustinianeo, noi siamo autorizzati a conchiudere che il diniego del regresso si ha solo in caso di colpa.

§ IX.

Esaminiamo il caso in cui più siano i fideiussori: per determinare precisamente la condizione giuridica dei medesimi, bisogna fare un esame preliminare delle diverse ipotesi di pluralità di fideiussori. Possono presentarsi tre casi: vi può essere un fideiussore che garantisca il fideiussore, ovvero un fideiussore che garantisca il debitore di fronte al fideiussore principale, ovvero, infine, più fideiussori che rispondano congiuntamente per lo stesso debito. Il trattamento giuridico, ne' diversi casi, varia.

I. Il *fideiussor fideiussoris* non differisce affatto dagli altri fideiussori, in quanto sta a garantire, di fronte al creditore, la solvibilità del fideiussore principale. Nelle nostre fonti il caso è contemplato in varii passi; la possibilità, in genere, è affermata dalla L. 8 § 12 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Pro fideiussore fideiussorem accipi, nequaquam dubium est. »

Passo importantissimo è la L. 27 § 4. h. t.: « Si fideiussor fuerit principalis, et fideiussor fideiussoris, non poterit desiderare fideiussor, ut inter se et eum fideiussorem pro quo fideiussit, dividatur obligatio: ille enim loco rei est: nec potest reus desiderare, ut inter se et fideiussorem dividatur obligatio. Proinde si ex duobus fideiussoribus alter fideiussorem dederit adversus eum quidem non dividitur obligatio, pro quo intervenit: adversus confideiussorem magis est ut dividatur. »

Il caso è il seguente: se vi è un fideiussore principale ed un fideiussore del fideiussore, non potrà quest' ultimo domandare che l'obbligazione venga divisa fra lui e il fideiussore, pel quale, a sua volta, ha fatta fideiussione; come non potrà domandare il debitore che l' obbligazione principale venga divisa

fra lui ed il fideiussore. In questo caso, si dice, il beneficio di divisione, che spetta a più confideiussori, non compete, perchè il fideiussore principale si trova, di fronte al suo fideiussore, nelle stesse condizioni del debitore principale rispetto al fideiussore. Quindi, (è l'ipotesi contemplata nella seconda parte del passo) se *Primus* e *Secundus* hanno fatto fideiussione per la stessa persona, e per *Primus*, uno dei confideiussori, ha prestata garanzia, *Tertius*, non potrà *Primus* pretendere che si divida l'obbligazione fra lui e *Tertius*, sebbene lo possa nel rapporto con l'altro confideiussore.

II. Nella seconda delle ipotesi il fideiussore non è dato nei rapporti col creditore, ma dal debitore di fronte al fideiussore principale, in modo che garantisca il fideiussore, dell'assicurazione da lui prestata. Nel caso precedente la garanzia è data per una persona diversa, pel fideiussore, di fronte alla stessa persona; in questo caso invece la garanzia vien data per la stessa persona del debitore, di fronte ad una persona diversa, il fideiussore. Ora il fideiussore principale non può, nemmeno in questo caso, domandare la divisione dell'obbligazione con l'altro fideiussore, perchè quest'ultimo non è suo confideiussore.

L. 4 h. t.: « Potest accipi fideiussor eius actionis, quam habiturus sum adversus eum pro quo fideiussi, vel mandati, vel negotiorum gestorum. » In buona sostanza, qui si dice che si può ricevere un fideiussore del debitore, per la eventuale responsabilità dello stesso di fronte al fideiussore principale. In tutte queste ipotesi, come abbiamo notato, vi è impossibilità assoluta di avvalersi del beneficio di divisione.

III. Ed ora la *confideiussione*: in quali condizioni si trovano coloro, i quali abbiano fatta garanzia *pro eodem apud eundem*, di fronte allo stesso creditore e per lo stesso debito?

Inst. § 4 *de fideiuss.* III. 20: « Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ea epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat..

Sed et si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is, pro quo fideiussit solvendo non sit: et sibi imputare debet cum potuerit adiuvari ex epistula divi Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio.»

Se vi siano più fideiussori, di qualunque numero, ciascuno dovrà rispondere per il tutto: normalmente, quindi, la responsabilità dei confideiussori è solidale. E difatti, se guardiamo allo scopo, ed alla storia dell' istituto non possiamo negare che la fideiussione importi per sè stessa un obbligo solidale. Senonchè, mentre nella *sponsio* troviamo qualche cosa che deroga al principio generale, cioè la disposizione della *lex Furia*, in forza della quale l'obbligazione *ipso iure* si divideva fra i *consponsores* (1), qui, secondo un rescritto di Adriano, si guarda quanti siano in condizione di pagare all'epoca della contestazione della lite, e fra questi si divide l'obbligazione.

Ma, se il fideiussore, chiamato in giudizio da solo, ha opposto il beneficio di escussione e poi ha pagato, poichè il debitore principale era insolvente, senza domandare il beneficio che gli poteva venire dal rescritto di Adriano, non potrà più agire per la restituzione di quanto ha pagato in più. E certamente non potrà dirsi che gli competa la *condictio indebiti* di fronte al creditore, perchè l'obbligazione fideiussoria normalmente è solidale; ed è solo in via d'eccezione che si accorda quel beneficio: quando il fideiussore non se n' è avvalso non può dirsi che vi sia pagamento d'indebito, perchè non manca la *causa debendi*. L. 49 § 1 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Ex duobus fideiussoris heredibus si per errorem alter solidum exsolvat, quidam putant habere eum condictionem, et ideo manere obligatum coheredem: cessante quoque condictione durare obligationem coheredis probant; propterea quod creditor, qui, dum se putat obligatum, partem ei, qui totum dedit, exsolverit, nullam habebit condictionem. Quod si duo fideiussores accepti fuerint (verbi gratia) in viginti, et alter ex duobus heredibus alterius fideiussoris totum creditori exsolverit, habebit quidem decem quae ipso iure

(1) Pag. 37.

non debuit, condictionem, an autem et alia quinque (millia) repetere possit, si fideiussor alter solvendo est, videndum est; ab initio enim heres fideiussoris sive heredes, ut ipse fideiussor, audiendi sunt, ut scilicet pro parte singuli, fideiussores qui sunt conveniantur. Sed verior et utilior est in utroque casu illa sententia, solutionem non indebitae quantitatis non debere revocari: quod etiam epistula D. Pii significatur, in persona fideiussoris qui totum exsolverat. »

Si tratta di uno che ha fatto fideiussione da solo per un altro: il fideiussore minore, lasciando due eredi, ciascuno dei quali non deve, in forza della fideiussione, che una parte pel principio che *nomina inter heredes ipso iure pro portionibus hereditariis ercta cita sunt;* di modo che, se uno di essi ha pagato il tutto, avrà azione contro l'altro (*quidam putant*) per la restituzione di ciò che ha pagato in più. Pertanto se il creditore, che ha percepito il tutto da uno degli eredi, abbia restituito quel dippiù, che non doveva avere, potrà l'altro coerede rifiutarsi di pagare la sua quota, solo perchè il primo ha pagato? Questi stessi scrittori reputano che perduri l'obbligo del coerede, anche quando non competa la *condictio*.

E propongono questo caso: due fideiussori, *Primus* e *Secundus* sono stati ricevuti per venti, ad esempio; Primus è morto lasciando due eredi: uno dei coeredi che ha pagato tutto avrà certamente si dice azione per ripetere la metà cioè i dieci che *ipso iure* doveva l'altro fideiussore *Secundus*: è da vedere se possa ripetere anche i cinque che ha pagato pel coerede, quando l'altro fideiussore fosse solvente. Ora, dice il giureconsulto, risponde più al vero ed all'utilità pratica quell'opinione per cui in tutti e due i casi non si debba ripetere il pagamento di una quantità non indebita.

Non può dirsi in vero che vi sia indebito, quando chi paga non s'avvale del beneficio che poteva avere: sarà questione invece che potrà sollevarsi nei rapporti fra i coeredi.

Dunque, il principio generale è che il beneficio di divisione non è, come quello della *lex Furia*, qualche cosa che divida sempre, *ipso iure*, il debito fra tutt' i coobbligati, ma solo

quando il beneficio sia invocato; altrimenti vi è responsabilità solidale: sarà quistione di vedere se per lo meno vi sia in tale caso regresso contro gli altri confideiussori.

§ X.

Continuando l'esame del beneficio di divisione, dobbiamo occuparci di una questione importante. Abbiamo già visto come, in virtù di questo beneficio uno dei confideiussori, chiamato in giudizio dal creditore, può chiedere che sia divisa l'azione fra quelli che sono solventi all'epoca della contestazione della lite. Ora, se uno dei confideiussori é vincolato in forza di un obbligo nullo o annullabile, si dovrà tener conto di questo fideiussore per la ripartizione del debito?

La quistione è variamente risoluta dai moderni scrittori, perchè, mentre pel principio, superiormente esposto, si dovrebbe conchiudere per la divisione solo fra quelli che sono legalmente obbligati, le nostre fonti, sotto un certo punto di vista, fanno ritenere che non lo si possa ammettere in linea generale.

L. 48 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Si Titius et Seia pro Maevio fideiusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere. »

Se per Mevio hanno fatto fideiussione Tizio e Seia, poichè l'obbligo di Seia, contratto contro la disposizione del senato consulto Velleiano, è nullo, così Mevio potrà rivolgere l'azione in solido contro il fideiussore Tizio: questi infatti poteva sapere e non doveva ignorare che invano la donna aveva fatta fideiussione. Ora, se guardiamo a questa prima parte del passo, dovremo dire che i fideiussori, non obbligati legalmente, non si computano nella divisione, senonchè la ragione che si adduce, che cioè il fideiussore doveva sapere che la donna veniva ad assumere un'obbligazione vietata, dimostra che questo non può esser vero in via di principio. La maggioranza degli scrittori trae di conseguenza che il fideiussore il quale sappia, quando conchiude la fideiussione, che uno

dei confideiussori non è validamente obbligato, non può domandare che lo si comprenda nel numero di quelli fra cui deve esser divisa l'azione: quando invece il fideiussore abbia fatto conto su gli altri coobbligati, e l' obbligo di uno di essi venga a mancare, allora si dovrà dare l' azione contro il fideiussore deluso nella sua aspettativa, solo per quella parte che poteva costituire la sua quota di responsabilità.

Ma, si obbietta, la buona fede non giova al fideiussore, perchè uno dei fideiussori può essere anche insolvente; ed allora se il fideiussore, che ha fatto calcolo sui suoi coobbligati, può trovare accresciuta la propria responsabilità, per l' insolvenza di uno di essi, perchè non dovrà aggravarsi la sua condizione giuridica anche nel caso che l' obbligazione di uno de' confideiussori sia nulla?

L. 48 § 1 h. t.: « Huic similis et illa quaestio videri potest ob aetatem si restituatur in integrum unus fideiussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat? Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor ut fideiubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confideiussorem, quam si, facta novatione circumvento minore, desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari. »

Il caso è diverso dal precedente, perchè si tratta della fideiussione prestata non da una donna, la quale si sa da tutti che non può *intercedere*, ma da un minore di venticinque anni: se il minore si è obbligato posteriormente, il fideiussore non potrà dire di aver fatto affidanza su di lui, e quindi non potrà invocare il beneficio se non in forza di convenzione speciale.

In un solo caso non si potrebbe concedere al creditore che l' azione sia rivolta tutta in solido contro il fideiussore maggiore, quando cioè la nuova fideiussione sia stata aggiunta posteriormente per dolo del creditore. Nondimeno ci troviamo di fronte ad una decisione che sorprende: egli è vero che il creditore, perchè ha agito con dolo, non può esercitare l' azione; ma qui il dolo è adoperato nei rapporti col minore, quando il

fideiussore si era già obbligato per il tutto. Non si spiega quindi la decisione, che sforza il concetto dell'editto di Adriano.

Dal complesso del passo risulta che, per vedere se un confideiussore, l' obbligazione del quale è soggetta a dichiarazione di nullità, debba computarsi nel numero di quelli, fra cui si divide l' azione, si guarda alla condizione in cui si trovavano gli altri: quando il fideiussore ha fatto conto sull' obbligazione, dell'altro confideiussore, soggetta a nullità, e si ricava, dal complesso delle circostanze, che fra fideiussore e creditore, è passata quasi l' intesa che l' obbligazione si debba ripartire, la nullità non nuoce agli altri fideiussori. In tali casi l'obbligo non si divide in forza di un principio di stretto diritto, sibbene di equità. Quando si considerasse infatti, che anche pel caso d'insolvenza di un confideiussore, la condizione del fideiussore può venire ad essere aggravata, a rigor di logica, si dovrebbe venire ad una soluzione della questione diversa da quella esposta; ma il ragionamento può correre in tesi astratta, ed il *Corpus iuris*, abbiamo visto, come abbia derogato al rigore del contratto di fideiussione, ammettendo, nel novero dei fideiussori, fra cui deve dividersi l'obbligazione, anche quelli vincolati in forza di un obbligo nullo. La questione in ogni modo dovrà decidersi caso per caso, tenendo conto delle circostanze di fatto.

§ XI.

Suppongasi che il creditore abbia fatto rimessione del debito ad uno dei confideiussori: si dirà che il creditore dovrà dividere l'azione fra tutti, computando anche quello cui ha rimesso il debito?

L. 15 h. t.: « Si ex duobus, qui apud te fideiusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur; et si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris: reliqua autem quinque si a priore fideiussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris. »

Si tratta di uno che ha fatto credito per venti a Tizio, pel

quale hanno fatto fideiussione *Primus* e *Secundus*. *Primus*, vedendo che Tizio non è in grado di pagare, cerca di riparare a tutte le possibili evenienze, e costituisce col creditore un *pactum de non petendo*, pagando cinque. Venuto il momento della scadenza del debito, il creditore si rivolge contro *Secundus* ed intenta l' azione per quindici. Potrà *Secundus* domandare che non sia peggiorata la sua condizione e che l'azione venga divisa fra lui ed il suo confideiussore? L'azione del creditore, il quale abbia agito per quindici, dice il giureconsulto, non può essere ostacolata da nessuna eccezione.

Da alcuni si è detto: questa decisione urta contro un sentimento di equità; ed allora si è voluto far ricorso ad interpolazioni falsate, ed a ripieghi, aggiungendo *pacti* a *nulla exceptione* e leggendo *decem* invece di *quindecim*. Ma queste alterazioni non si possono nemmeno confutare, perchè non reggono, nè la prima, perchè il passo dice in genere *nulla exceptione*, nè la seconda, perchè eccessivamente arbitraria.

Il vero è che si dimentica che ci troviamo di fronte ad un istituto del diritto civile, così energico e caratteristico: il creditore può fare del suo credito quello che vuole; nè bisogna dimenticare che di regola il fideiussore è sempre tenuto in solido.

§ XII.

Il beneficio di divisione si accorda a tutti coloro che abbiano fatto garanzia contemporaneamente o in tempi separati, da veri e proprii fideiussori ovvero da *mandatores*, ed infine, anche se si tratti di *constitutum debiti alieni*. Per riguardo al mandato la lettera stessa della editto ce lo dice; del *constitutum* parla una costituzione di Giustiniano: l' interpretazione dipende dal senso di una parola greca, adoperata da Giustiniano per indicare il *constitutum*, quando parla dell'abolizione del *receptum argentariorum*.

Non si accorda il beneficio di divisione quando il fideiussore abbia negato di aver prestato garanzia, e il creditore abbia

dovuto assumere l'onere della prova. L. 10 § 1 h. t.: « Ita demum inter fideiussores dividitur actio, si non inficientur: nam inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum. » Similmente il beneficio non compete quando uno dei fideiussori sia assente, o quando la divisione sia di grave difficoltà pel creditore: non compete ancora, quando si sia rinunziato.

E' questione se debba intendersi che i fideiussori hanno rinunziato al beneficio di divisione, quando abbiano assunta obbligazione solidale. La rinunzia può essere espressa o tacita; quest'ultima deve risultare da fatti univoci, incompatibili con l'intenzione di avvalersi di quel diritto: ora la solidarietà può valere come rinunzia tacita? L. 3 § 2 Cod. *de fideiuss. et mandat.* VIII. 40: « ... Nam licet significes adiectum esse in obligatione, *ut singuli in solidum tenerentur*: tamen nihil haec res mutat conditionem iuris et constitutionem. Nam et cum hoc non adiiciatur, singuli tamen in solidum tenentur: sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur.»

La clausola di solidarietà non muta per nulla la condizione delle cose, perchè *ipso iure* i confideiussori sono tenuti in solido: l'aggiunzione di quella clausola è una ripetizione di quello che è stabilito per legge, quindi vuol dire che l'assunzione dell'obbligo solidale non impedisce che l'obbligazione venga divisa.

Esaminiamo ora come si procede per far valere questo beneficio di divisione. Ed innanzi tutto, perchè, come abbiamo visto, l'azione deve esser divisa fra tutti i fideiussori solventi all' epoca della contestazione della lite, a chi spetterà provare la solvenza o la insolvenza di alcuno di essi?

Ed in secondo luogo, la questione sarà mandata davanti al giudice, o risoluta dal pretore in *iure*? Siccome il beneficio di divisione è un vero beneficio, che, in tanto si ha, in quanto lo si opponga, e siccome il principio generale è che *reus in excipiendo fit actor*, così il fideiussore dovrà dimostrare che tutti i fideiussori sono solventi: questo in linea generale. La quistione dev' essere risoluta *in iudicio*; tuttavia vi sono dei passi, da cui si ricava che il rinvio davanti al giudice costituisce una vera anomalia.

Si deve al Lenel se si è potuto determinare esattamente il procedimento; il creditore chiama in giudizio il fideiussore: questi oppone il beneficio di divisione, ed allora il pretore divide l' azione. Questo si ricava anche dalle sentenze di Paolo (I. 10): Inter fideiussores ex edicto praetoris, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividitur. » Ossia si danno tante azioni quanti sono i fideiussori, e nella *intentio* e nella *demonstratio* della formola si pone la quota di responsabilità di ciascheduno.

Ma, in tal caso si suppone che non vi sia contestazione sopra la solvenza del fideiussore.

L. 10 § 1 Cod. *de fideiuss. et mandat.* VIII. 40 « Ut autem qui cum altero fideiussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet. » Acciocchè, dice il passo, quello che fece fideiussione con un altro, non sia egli solo convenuto, ma l' azione si divida fra coloro che sieno solventi, si suole far la domanda prima della condanna.

Ora, perchè qui si dice *ante condemnationem?* Noi abbiamo detto che, procedendosi dal creditore contro uno dei più confideiussori, questi può opporre l' *auxilium divisionis*: se il creditore non contesta la solvenza di qualcuno dei fideiussori, il pretore concede l'*actio divisa*. Ma, l' atto prima del quale si può parlare di *auxilium divisionis* è la *litis contestatio* e non la *condemnatio*, che si riferisce al secondo stadio del procedimento. Qui dunque vi è stata un' interpolazione: parve forse ai compilatori che, lasciando *ante litis contestationem*, si mantenesse il diritto precedente il quale faceva dipendere la consumazione processuale dalla *contestatio litis*: per questo essi, sostituirono alle parole *ante litis contestationem* le altre *ante condemnationem*, volendo dire che il beneficio di divisione si potesse domandare anche dopo la *contestatio litis*. Ora, questo non si può ammettere; se l' *auxilium divisionis* non è stato domandato prima della *contestatio litis*, la divisione non può avere più luogo, perchè l'azione è stata già concessa.

Supponiamo ora, che effettivamente l' azione sia stata già

divisa, ma uno dei confideiussori diventi insolvente dopo la *contestatio litis*: questa insolvenza sopravvenuta, a carico di chi resterà? Del creditore o degli altri confideiussori solventi, nel senso che questi dovranno dividersi il debito del loro confideiussore? Evidentemente, nuocerà al creditore, perchè la divisione è stata già effettuata: l'azione, divisa una volta, non può essere soggetta a nuove ripartizioni.

L. 51 § 4 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Quum inter fideiussores actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, ea res ad onus eius, qui solvendo est, non pertinet, nec auxilio defendetur aetatis actor; non enim deceptus videtur iure communi usus. » Quando, divisa l'azione fra i confideiussori, alcuni dopo la contestazione della lite cessarono di essere solventi, questa insolvenza non va a carico di chi è solvente; nè l'attore può difendersi facendo valere la sua età minore, perchè quella presunzione di frode, che salva sempre gl' interessi del minore, qui manca.

L. 52 § 1 h. t. « Inter fideiussores actione divisa, condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui iudicatum persequi potuerunt, damnum dabit; quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutione auxilium implorabitur. » Divisa l'azione fra i confideiussori, se uno, dopo di essere stato condannato, cessa di essere solvente, la frode o la incuria dei tutori va a loro danno, perchè essi avrebbero potuto far valere la sentenza ottenuta; ma, se consterà che l'azione fu divisa fra quelli che non erano solventi, si domanderà la restituzione a nome del pupillo.

La legge prevede due ipotesi diverse; nella prima si tratta di un creditore pupillo, i tutori del quale hanno agito contro i fideiussori, ma, ottenuta la sentenza, non l'hanno fatta valere o per incuria o per frode, per modo che uno dei fideiussori è diventato insolvente. Il principio generale è, come abbiamo visto, che in questo caso la insolvenza nuoce al creditore; ma siccome qui si tratta di un pupillo, il danno cadrà sui tutori negligenti o in frode. Nella seconda ipotesi, è divisa l'azione;

ma, posteriormenie fu provato, che essa fu divisa anche tra i non solventi al tempo della contestazione della lite: allora si potrà domandare la restituzione a nome del pupillo.

Supponiamo ora che si contesti la solvenza degli altri confideiussori. Tizio, creditore, agisce contro *Primus*, il quale domanda la divisione dell'azione; se Tizio non vorrà che l' azione si divida, come si procederà? Seguendo il principio, al quale abbiamo accennato, noi anche qui dovremmo dire che *reus in excipiendo fit actor*: ma era possibile l'applicazione di questa massima in *iudicio*? No; allora si ricorreva ad un ripiego: quando il creditore opponeva la insolvenza di un confideiussore, si aveva naturalmente a suo favore una presunzione e, per questo non lo si voleva costringere ad una prova; ma neppure si voleva nuocere al fideiussore. Allora si obbligava quest' ultimo a dar cauzione, per risarcire il creditore, quando realmente i non chiamati in giudizio fossero insolventi.

Ma vi sono dei casi in cui il creditore, invece di chiedere la cauzione, domanda che s' inserisca la eccezione nella formola: data l'azione tutta intera contro il fideiussore, se l'eccezione di costui risulti fondata, soccomberà il creditore.

L. 10 D. *de fideiuss. et mandat.* « Si dubitet creditor, an fideiussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confideiussores conveniantur in parte, dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationes offerat, et omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint;..... » Vuol dire il giureconsulto, che il fideiussore chiamato in giudizio, quando il creditore dubiti della solvibilità degli altri confideiussori, mostrandosi pronto a dar cauzione, perchè a suo rischio siano convenuti per la loro parte costoro, può obbligare il creditore a farlo, purchè essi siano in tali condizioni da poter essere senza molta difficoltà escussi; in caso contrario, il creditore ha dritto di domandare che sia respinta senz'altro l' istanza del convenuto.

L. 28 h. t.: « Si contendat fideiussor, ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam, *si non et illi solvendo sint.* » Se il fideiussore afferma che anche gli altri confideiussori sono

solventi, gli si deve dare l'eccezione, se anche quegli altri non siano solventi.

Come s'inseriva l'eccezione? Il pretore si trovava di fronte a due persone: il creditore che aveva chiamato un fideiussore in giudizio, e questi che domandava la chiamata in giudizio degli altri confideiussori. Poichè non si domandava al fideiussore di prestare cauzione, il pretore inseriva l'eccezione nella formola, nella quale diceva al giudice che condannasse per il tutto *si non et Titius et Caius et Maevius solvendo sint:* la prova della solvenza spetta al fideiussore. Quindi, o la solvenza non è contestata, e allora l'azione è divisa fra i diversi confideiussori, o la sopravvenuta insolvenza di uno di questi nuoce al creditore, o si contesta la solvenza, e allora il debitore o domanderà che il fideiussore presti cauzione, oppure che s'inserisca l'eccezione nella formola.

Il confideissore che ha pagato, ha pure, di fronte agli altri confideiussori, il *beneficium cedendarum actionum,* allo stesso modo del fideiussore che ha pagato, di fronte al debitore principale.

Modi di estinzione della fideiussione

§ I.

La fideiussione si estingue in tutti i modi comuni alle obbligazioni in generale; ma vi sono dei modi che hanno la loro ragione nella natura speciale della fideiussione, per essere questo contratto di garanzia.

I. *Estinzione del debito principale.* Ne abbiamo esaminate le varie ipotesi, enumerando i casi in cui sussista la fideiussione, malgrado sia venuto meno l'obbligo principale, oppure questo sussista ma venga ostacolato nel suo corso da un'eccezione.

Se l'obbligazione principale è stata soddisfatta, non vi è alcun dubbio che il creditore sia liberato. Trattandosi di una *datio in solutum,* il principio è che *aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest*: quindi, se il creditore consentirà, il

pagamento fatto a questo modo estinguerà l'obbligazione. Ma, se fatto il pagamento per via di una *datio in solutum*, un terzo interviene ed evince la cosa, il debitore principale sarà tenuto: il fideiussore, liberato per via della dazione in pagamento, potrà valersi di questa estinzione anche dopo la evizione?

L. 46 D. *de solut. et liberat.* XLVI. 3: « Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio; et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat, nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret. » Se alcuno abbia dato una cosa in pagamento di un' altra, e questa cosa sia stata evitta, rimane la pristina obbligazione; quindi noi dobbiamo dire che il fideiussore è tenuto.

Per diritto moderno la cosa procede contrariamente: infatti l'art. 1929 cod. civ. dice: « Quando il creditore accetta volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale, il fideiussore resta liberato, ancorchè il creditore ne soffra in seguito l'evizione. » Di fronte ai principii della logica giuridica, noi dovremo affermare che, se l'obbligo principale non fu estinto, nessuna ragione vi sia per ritenere estinta l'obbligazione accessoria. E allora, perchè il nostro legislatore ha voluto derogare a questo principio? Quando il debitore ha pagato, il fideiussore, dovendo ritenere che quel pagamento sia stato fatto in regola, non ha la facoltà di sorvegliare il creditore: il fideiussore si trova di fronte ad un atto formalmente valido che libera lui ed il debitore principale; se, intanto, si avvera l'evizione ed il debitore principale diventa insolvente, il fideiussore, secondo i principii del diritto romano, dovrà pagare, nè potrà agire contro il debitore principale prima del pagamento: quindi il nostro legislatore è stato mosso da un principio di equità ad ammettere la massima contraria.

§ II.

II. *Confusione.* Supponiamo che avvenga una confusione fra le diverse persone che entrano nel rapporto di fideiussione (*creditore, debitore, fideiussore*); se il creditore diventa erede del debitore o viceversa, che avverrà della fideiussione? Essendosi estinto l'obbligo principale, dovrà naturalmente estinguersi anche l'obbligo accessorio. Così pure s'intenderà estinta la fideiussione, per la confusione della persona del creditore con quella del fideiussore.

Ma, il caso più importante è quello in cui debitore principale e fideiussore si confondono: verrà meno la fideiussione?

L. 5 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Generaliter Julianus ait, eum, qui heres extitit ei pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis, et solummodo quasi heredem rei teneri..... » Afferma Giuliano che, chi diventa erede di colui per il quale ha fatto cauzione, è liberato dall'obbligazione accessoria ed è tenuto solo come erede. L'affermazione di Giuliano è questa, che, debitore e fideiussore confondendosi, l'obbligazione principale sussiste, ma l'accessoria perde la sue ragione di essere.

« Denique scripsit, si fideiussor heres extiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fideiussionis liberari; reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. » E quindi, se il fideiussore resta erede di colui per il quale fece fideiussione, è obbligato come debitore principale e liberato dalla fideiussione; invece, un obbligato principale che succeda ad un altro obbligato principale è obbligato in forza di due titoli. Ecco dunque la differenza che passa tra la fideiussione e la obbligazione correale: quando di due *rei debendi* l'uno succede all'altro, restano tutte e due le obbligazioni, le quali avendo una forza eguale, non può l'una distruggere l'altra. Invece, quanto alla fideiussione, l'obbligazione principale distrugge l'accessoria: questo in tesi generale.

« Nec enim potest reperiri quae obligatio, quam perimat at in fideiussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est.

Nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui, alteram per alteram perimi; quum vero duo eiusdem sint potestatis, non potest reperiri, cur altera potius, quam altera consumeretur. »

Imperocché non si può scorgere quale delle due obbligazioni distrugga l'altra; ma quando si tratta di fideiussore e debitore principale, se ne trova la ragione, ed è questa, che la obbligazione del debitore principale è più completa (*plenior est*): sempre pel principio che due obbligazioni di eguale forza coesistono, e che di due di diversa forza, l' una distrugge l' altra.

« Refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant; est autem species talis, si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustenebit; plane si ex altera eorum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicio deduceretur, altera consumeretur. » Questo si riferisce al caso in cui si vorrebbe dimostrare non essere nuovo che due obbligazioni concorrano nella stessa persona: se il debitore diventa erede dell'altro debitore od il creditore dell' altro creditore, egli sostiene due obbligazioni, e quindi, se egli agirà per una di esse, consumerà l'una e l'altra, perchè la natura delle due obbligazioni che egli aveva era tale che, deducendone una in giudizio, l' altra restava consumata. Quindi il debitore correale se succede all' altro debitore, non si libera dell' obbligazione; ma se il creditore agisce per una, l'altra sarà consumata. E lo stesso avviene rispetto ai creditori correali, quando uno di essi succeda all'altro.

L. 14 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Cum reus promittendi fideiussori suo heres exstitit, obligatio fideiussoria perimitur: quid ergo est? tanquam a res debitum petatur: et si exceptione fideiussori competente usus fuerit, in factum replicatio dari debebit, aut doli mali proderit. »

Quando il debitore sia divenuto erede del suo fideiussore, l'obbligazione fideiussoria resta perenta. Ma, si domanda: quali

le conseguenze? Egli dovrà rispondere del debito, non nella qualità di fideiussore, ma di debitore principale ; quindi, se egli si avvarrà di eccezioni che, nella qualità di fideiussore, avrebbe potuto far valere, quella del senatoconsulto Velleiano, ad esempio, o quella di violenza (*exceptio quod metus causa*), si dovrà dare la *replicatio in factum* o di dolo.

La *replicatio* è un mezzo di difesa spettante all'attore contro l'eccezione del convenuto,

L 95 § 3 D. *de solut. et liberat.* XLVI. 3 : « Quod vulgo iactatur *fideiussorem qui debitori heres exitit, ex causa fideiussionis liberari*: totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus dumtaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur : e contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem;....» Quello che si suole comunemente affermare, dice il passo, che cioè il fideiussore, divenuto erede del debitore, vien liberato dalla fideiussione, è vero ogni qual volta l'obbligazione del debitore principale sia più energica: per contrario non può dirsi che vien tolta l'obbligazione fideiussoria, quando il debitore ha una difesa propria e personale.

Qui vi è un'applicazione del principio che la fideiussione scompare quando l'obbligazione principale sia *plenior*; ma, può avvenire che l'obbligazione fideiussoria sia più energica, come quando il fideiussore si è obbligato civilmente, mentre l'obbligazione del debitore era semplicemente naturale, ed allora l'obbligazione del fideiussore permane.

Continua il passo: « . . . nam si minori vigintiquinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptas perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore, difficile est dicere causam iuris honorarii quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fideiussor is accessit sine contemplatione Iuris Praetorii. Auxilium igitur restitutionis fideiussori qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit.»

Supponiamo che si faccia credito ad un minore di venticinque anni, credendolo maggiore, e questi sciupi il danaro rice-

vuto, e, nel tempo stabilito per la restituzione, venga a morire, lasciando erede il fideiussore; che cosa si dovrà dire? Secondo il principio posto innanzi, poichè il debitore ha una difesa propria, l'obbligazione del fideiussore è *plenior*, e però sussiste, malgrado che il fideiussore succeda al debitore principale: quindi potrà essere chiamato in giudizio, non in forza dell' obbligazione principale, ma di quella accessoria di garanzia.

Infatti non si può spiegare, ecco il senso del passo, come il fideiussore possa far valere quella difesa che apparteneva al debitore principale; vi è quindi sempre una conferma di quel principio, superiormente accennato.

Di fronte a questo passo fa difficoltà un altro, di Africano, dello stesso titolo, la L. 38 § 5: « Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit; quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit: at si idem alium fideiussorem dederit, atque idem heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione eius, pro quo fideiussum fit, eum quoque, qui fideiusserit liberari.»

Si tratta (prima ipotesi) di un fideiussore che ha garantito la propria obbligazione fideiussoria con pegno, e che poscia istituisce erede il debitore principale: secondo il principio generale, estinta l'obbligazione del fideiussore, dovrebbe venir meno il pegno; invece, dice il giureconsulto, sebbene il debitore non sia tenuto *ex causa fideiussoria*, tuttavia il pegno resta intatto.

Ma, se il fideiussore (seconda ipotesi) abbia dato a garanzia della sua obbligazione un altro fideiussore, e poi abbia istituito erede il debitore, dice Giuliano (1) che più correttamente si deve ritenere che, tolta di mezzo l'obbligazione di colui pel quale fu fatta fideiussione, anche il fideiussore sia liberato. La contraddizione, come si vede è stridente. Per quale ragione nel primo

---

(1) Quando nelle questioni di Africano si trova un *ait*, bisogna leggere *Iulianus ait* come nella traduzione dei Basilici: nei passi di Africano infatti si trovano riprodotte le quistioni del suo maestro Giuliano.

caso, il pegno perdura, anche tolta di mezzo l' obbligazione di garanzia, e nel secondo si dice invece che l'obbligo del fideiussore viene meno? Quale il criterio che avrà ispirato a Giuliano questa diversità di trattamento?

Nel sistema del diritto romano, tenuto conto della vera *ratio iuris*, bisogna ritenere normale la soluzione che dà il giurista in ordine alla fideiussione; ma come spiegare la persistenza del pegno?

Alcuni dicono che questo passo sia antiquato, rappresenti un' opinione isolata, di cui non si deve tenere conto; secondo i veri criterii della logica giuridica, dovrebbe perdurare l' obbligazione fideiussoria, perchè più energica, tanto nel caso del pegno quanto in quello della fideiussione. Ma, si può veramente dire che qui è da applicare il principio generale, che in tanto perduri l' obbligazione fideiussoria in quanto sia *plenior*?

Dagli esempii che si ricavano dal passo, precedentemente esaminato, si può desumere che il *plenior* indichi una qualità inerente all'obbligazione medesima: qui invece l'energia verrebbe non dall'obbligazione come tale, ma dalla possibilità di farla valere, in quanto è garantita. Qui ci troviamo di fronte a due obbligazioni, ambedue civilmente obbligatorie, e quindi non ha che vedere il principio generale, che fa desumere la sussistenza dell' obbligazione accessoria dall' essere *plenior*, più energica della principale.

Eliminata quindi la contraddizione con questo principio, non resta a spiegare che la contraddizione che si trova nel testo, la diversità di trattamento nelle due ipotesi. La spiegazione è la seguente: quando ci troviamo di fronte ad un'obbligazione, in cui interviene un terzo, il diritto di questo non può esser leso da fatti od avvenimenti che lo possano colpire. Quando la quistione si dibatte fra fideiussore e debitore, senza che vi siano altre persone, come nella prima ipotesi del passo, allora il giureconsulto, perchè sarebbero inique le conseguenze della logica giuridica, dice che il pegno perdura: decisione di carattere singolare, stabilita *favore creditoris*. Non così nell' altra ipotesi, quando interviene un terzo, il fideiussore, il quale non deve

subire conseguenze dannose. Il nostro codice invece (1) dà una soluzione più gravosa per chi ha prestata garanzia pel fideiussore, segue cioè quel principio che il giurista adopera pel pegno, disponendo che « la confusione che si effettua nella persona del debitore principale e del suo fideiussore, quando divengono eredi l'uno dell'altro, non estingue l'azione del creditore contro colui che ha fatto sicurtà pel fideiussore. »

§ III.

Continuando sempre a parlare degli effetti della confusione fra debitore e fideiussore, dovrà dirsi lo stesso pel *constitutum debiti?* Affermano alcuni che non è possibile che la confusione porti la estinzione dell'obbligazione, e citano, al riguardo, il caso del *constitutum debiti proprii.* Ma è stato fatto osservare che questo principio, se è vero in questa ipotesi, non lo è nel caso che si sia fatto garanzia per debiti altrui.

In tesi generale, poichè le fonti tacciono a riguardo, la prima opinione deve essere accolta, e però deve ritenersi, in mancanza di speciale convenzione in contrario, che le due obbligazioni continuino a sussistere.

Disposizione importante, nel nostro codice è quella dell'articolo 1928: « Il fideiussore anche in solido è liberato, allorchè per fatto del creditore non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore. » Questo principio potrà ammettersi pel diritto romano? La fideiussione, abbiamo visto, si presenta come un contratto di stretto diritto, con carattere tutto particolare, ond'è che il principio del codice nostro non potrà esser vero per la fideiussione: ciò invece non accade nel mandato qualificato, e però se il garante vede venir meno le proprie ragioni, per fatto del mandatario, potrà agire per essere liberato di fronte a lui.

E' naturale ad ogni modo, anche nel nostro diritto, che se

(1) Art. 1926.

il fideiussore non abbia sofferto danno, malgrado la negligenza del creditore, non potrà essere liberato; come pure il fideiussore non potrà essere liberato che ne' limiti del danno che effettivamente gli è stato arrecato.

II. Garanzie reali

Il diritto di pegno

§ I.

Il credito reale d'ordinario è il portato di una civiltà avanzata, a differenza della fideiussione, la quale si presenta in un periodo di civiltà meno progredito, dove appunto la responsabilità personale è più energica. Quando ci troviamo in una comunione vastissima, non è possibile imaginare l'identica efficacia del rapporto fideiussorio: come procedere per assicurare i crediti, nei rapporti con persone assolutamente ignote?

Abbiamo già visto le diverse forme con cui si è manifestata la garanzia reale, prima la fiducia, poi il pegno con diritto di detenere la cosa, e solo più tardi con quello di alienarla. Vi sono tuttavia altre forme di garanzia reale: supponiamo che al creditore si conceda il diritto di costituire una servitù sulla cosa, a favore suo o di altri; sempre che vi sia una cosa costantemente legata al soddisfacimento del debito, non potrà negarsi che vi sia una garanzia reale.

Del pegno i romani hanno questo concetto: il *pignus* propriamente detto, vuol significare una garanzia reale per via di cose mobili, l' *hypotheca* invece una garanzia per via d'immobili.

Nella L. 238 § 2 D. *de verb. signif.* L 16, si legge: « *Pignus* appellatum a pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant pignus proprie rei mobilis constitui.»

Il pegno, dice il giureconsulto, è cosi detto da *pugnus*, perchè le cose che si danno a pegno si consegnano con la mano.

Ma, non è sempre vero che il pegno si consegni al creditore : il possesso della cosa può stare nelle mani del debitore , come nella ipoteca, onde la distinzione fra questa ed il cosi detto pegno manuale (*Faustpfand* dei tedeschi) che risponde più al *pignus* propriamente detto.

Tuttavia il giureconsulto, se sbaglia linguisticamente, afferma un concetto che rispondo alla pratica, onde, soggiunge: questo fa ritenere vera la comune opinione , che il pegno non cada che sulle cose mobili.

L. 9 § 2 D. *de pign. act.* XIII. 7: « Proprie *pignus* dicimus, quod ad creditorem transit: *hypothecam*, cum transit, nec possessio ad creditorem. » La differenza sta dunque in ciò, che il creditore pegnoratizio ha il possesso giuridico della cosa , il creditore ipotecario non lo ha.

L. 5 § 1 D. *de pign. et hypoth.* XX. 1: « Inter *pignus* autem et *hypothecam* tantum nominis sonus differt. » La differenza è solo nominale. In tutti e due i casi si tratta di garanzia reale: nel pegno il possesso della cosa passa al creditore pegnoratizio, nella ipoteca invece non passa immediatamente, ma solo quando il debitore non abbia soddisfatta l' obbligazione , o in altro modo abbia abusato della cosa. La distinzione, secondo cui il pegno cadrebbe sui mobili e l' ipoteca sugli immobili, che è essenziale pel diritto moderno non lo è invece pel diritto romano : l' essere mobile l' oggetto del pegno non è un requisito essenziale, ma semplicemente una forma di manifestazione.

Quali saranno le conseguenze di questo principio? L. 1 § 1 D. *de pign. act.* : « Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori ? Et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint. » Suppongasi che sia stata fatta una convenzione di pegno, ed il costituente il pegno abbia mostrato un oggetto di oro, e poi, al momento della consegna, abbia dato un oggetto, nell'apparenza identico , ma di rame ; si domanda se l' oggetto di oro sarà vincolato a pegno. Si potrà dire , perchè il pegno sorge con la tradizione , che si avrà il diritto reale sul rame ?

No, perchè la semplice convenzione basta a costituire il pegno, e quindi dovrà dirsi vincolato, come soggiunge il giureconsulto, l'oro pel quale le parti hanno consentito. Ecco che qui, malgrado si parli di *pignus*, la intenzione delle parti è quella di fare una convenzione d'ipoteca: la differenza è puramente esteriore, ma la norma generale d'interpretazione, che bisogna tener presente in tale caso, è questa che, quando le parti hanno avuto di mira un determinato rapporto giuridico, non debba tenersi conto del *nomen iuris*, da esse adoperato.

Carattere del diritto di pegno

§ I.

Il diritto di pegno è un diritto sulla cosa, un diritto reale.

Questa è la opinione della maggioranza degli scrittori; tuttavia il concetto della realità è contestato, sotto varii punti di vista, e le opinioni, a tal riguardo, sono in contrasto e pel diritto romano e pel diritto moderno.

Alcuni affermano che non è possibile stabilire un concetto unico del diritto di pegno, poichè bisogna por mente che, se oggetto dal diritto è una cosa incorporale, non si può parlare di diritto reale: così nel *pignus nominis* ed in quello di usufrutto. E quindi, si è distinto da questi scrittori il diritto di pegno in senso largo, in tutti i casi di garanzia reale, da quello sulle cose incorporali, il quale non è proprio diritto di pegno, sibbene un diritto di natura diversa.

Il pegno propriamente detto cade sulle cose corporali e dà diritto al creditore di soddisfarsi sul valore ricavato dalla vendita delle medesime; questa soddisfazione per via della vendita della cosa, invece, non è possibile negli altri casi.

Altri invece partono da un concetto unico del diritto di pegno. Secondo questi scrittori il pegno è sempre un diritto sopra un diritto; se il pegno è di cosa cade sulla proprietà della medesima, se è di usufrutto o di credito cade sul diritto stesso.

Altri ancora sono d'opinione che, anche nel caso di pegno

di credito, oggetto del pegno non sia il diritto, ma la cosa, che, in virtù di quel credito, si può domandare: a differenza dei primi, i quali affermano che vi sia diritto di pegno, solo quando si tratti di cose corporali, questi lo ammettono in ogni caso; ma entrambi ne riconoscono la realità.

Altri infine partono da un punto di vista affatto diverso, perchè riconoscono nel pegno un' *obligatio rei*, ed a conforto della loro opinione fanno notare come tutta la terminologia, relativa al pegno, sia mutuata dal diritto di obbligazione (*rem liberare*, *solvere*, etc.); di questi però alcuni dicono che il debitore sia la cosa, altri il proprietario *pro tempore* della medesima.

Il Brinz ha un'opinione tutta sua. Bisogna partire, egli dice, da un concetto di obbligazione molto largo: così concepita, l'obbligazione, importa la responsabilità di una persona o di una cosa come soddisfazione del debito.

§ II.

Ma, per vedere quale sia l'opinione dei giureconsulti, in proposito, bisogna cominciare l'esame di qualche passo.

L. 30 D. *de noxal. act.* IX. 4: « In noxalibus actionibus eorum, qui bona fide absunt, ius non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, si domini sint: sive aliquid in ea re ius habeant; qualis est creditor, et fructarius. »

Nelle azioni nossali, si dice, il diritto di quelli che sono assenti in buona fede non è distrutto, ma a coloro che ritornano si dà il diritto di difendersi secondo equità, sia che siano proprietarii, sia che abbiano su quella cosa un diritto reale, quale il creditore e l' usufruttuario. Qui il creditore pegnoratizio è qualificato appunto come titolare di un diritto reale; se ne deduce quindi, per lo meno, di fronte alle opinioni esaminate, che è falsa quella, secondo cui nemmeno il pegno propriamente detto costituisce un diritto reale.

L. 19 D. *de damno infecto XXXIX*. 2: « Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur,

si reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur: sive domini sint; sive aliquid in ea re ius habeant; qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. » Si afferma lo stesso, in ordine alla *cautio damni infecti*. Suppongasi che uno sia assente, e che sia chiesta la *cautio damni infecti*, la assenza non pregiudicherà punto le cagioni di lui, in quanto che potrà, al suo ritorno, evitare l'inconveniente delle due immissioni in possesso, prestando cauzione. Fra le persone che saranno tenute si annoverà il creditore pegnoratizio, come titolare di un diritto reale.

Adunque, in due passi delle fonti troviamo l' affermazione recisa del diritto reale del creditore pegnoratizio in ordine a queste azioni nossali.

E la realità risulta ancora da un altro riflesso, dal sistema romano, nel quale perchè si sia chiamato a rispondere del danno, occorre sempre un rapporto reale. Se quindi troviamo detto che il creditore è responsabile, al pari del proprietario, vuol dire che le nostre fonti riconoscono nel creditore il titolare di un diritto reale.

§ III.

Altri argomenti confortano la nostra conclusione: è principio generale che quando più persone abbiano diritti di obbligazione contro un'identica persona, non vi è tra quelle una ragione di preferenza derivante dall'epoca in cui le obbligazioni siano state contratte: in buona sostanza, come dice anche il codice nostro, in tal caso il patrimonio del debitore forma la comune garanzia di tutti i creditori.

Nel pegno vige il principio opposto: *prior tempore, potior iure:* prima di tutti dev'essere soddisfatto quel creditore che è primo in ragione di tempo; e non solo ciò si deve dire se trattasi di pegno su una o più cose singole, ma anche di pegno generale, su di un intero patrimonio: il creditore con pegno generale anteriore sarà preferito ai posteriori.

Se effettivamente dovessimo ritenere che il diritto di pegno abbia il carattere di un diritto di obbligazione e non di un di-

ritto reale, noi dovremmo venire alla conseguenza che la condizione giuridica del creditore pignoratizio sia perfettamente uguale a quella degli altri creditori di un'obbligazione: invece, la disposizione opposta che si trova nelle fonti dimostra che qui si tratta di un diritto reale.

E questo principio, *prior tempore, potior iure*, si riscontra non soltanto nel diritto di pegno, ma anche quando si verifichi il concorso di più diritti reali: se, per esempio, su di un fondo libero da pesi reali si costituisce un diritto d'ipoteca, e, posteriormente, dal proprietario medesimo, una servitù prediale, quest'ultima costituzione viene a diminuire il valore della cosa, a danno del creditore pignoratizio, il quale ha un diritto di precedenza che il proprietario è tenuto a rispettare: e perciò, venendosi all'azione ipotecaria, la servitù non può essere opposta contro chi aveva già acquistato il diritto di pegno. Se dunque nel pegno è ammessa questa regola, esso è un diritto reale.

E la prova, che per diritto romano il pegno è un diritto reale, è in un'altra importantissima configurazione del diritto di pegno medesimo: l'azione derivante da questo diritto reale, con la quale il creditore fa valere le sue ragioni, mira forse a far pagare il debito? No, essa mira alla consegna della cosa: si tratta, dicono le fonti, di *vindicare pignus*. Vi è per il convenuto il mezzo di liberarsi, eseguendo il pagamento; ma questo è *in facultate solutionis*, perchè l'azione è sempre *in rem*, e la mira di essa è perfettamente simile a quella delle altre azioni reali.

Ma, si è detto, il diritto di pegno tende, in buona sostanza, ad ottenere il soddisfacimento del credito sul valore della cosa: anche quando si tratti di azione relativa a beni immobili, lo scopo è sempre la somma di danaro. Qualche moderno scrittore la disse un'*actio ad rem immobilem, sed ad pecuniam consequendam*. Onde, per costoro non si potrebbe parlare di diritto reale.

Ma, nemmeno questa obbiezione regge; conviene tener presenti i due stadii del diritto di pegno o d'ipoteca: il primo, di quiete, il secondo, di moto. Il primo dura finchè non è venuta la scadenza del debito o il creditore non agisce per farsi

pagare. Ed in questo stadio, il creditore si pone in relazione con la cosa, la custodisce, la difende dagli attacchi, impedisce che vengano a mancare le cautele relative al suo credito : in questo periodo è un vero e proprio diritto reale. Quando poi il creditore non è soddisfatto, allora il diritto di pegno si scuote e diventa *actio pignoraticia o hypothecaria:* questa si fa valere direttamente sul mobile o sull'immobile ed ha come scopo ultimo il pagamento della somma di danaro. E allora, qualunque sia la natura dell'azione nel diritto moderno, pignoratizia o ipotecaria, essa è sempre mobiliare (1). Ma, la essenza del diritto di pegno sta appunto nell'insistere sulla cosa per la garanzia delle proprie ragioni.

E qui si fa una quistione: questo concetto, si dice, sarà vero per le cose corporali; ma, si può parlare di diritti reali a proposito di cose incorporali, per esempio, del credito, dell'usufrutto?

La ragione che si vuole addurre in contrario è questa, che il diritto romano non conosce altri oggetti di diritti reali che le cose corporali: se questo fu vero nell'antico diritto, nel periodo classico il diritto reale su cose incorporali non è ignoto: vi è un diritto che possa avere un carattere reale più dell'usufrutto? Esso è, come suol dirsi, un frazionamento della proprietà, è un diritto reale; e nelle fonti troviamo l'usufrutto del credito, con la tutela dell' *actio confessoria*. E allora, come negare, che si tratti anche in queste ipotesi, di veri e proprii diritti reali? E perchè, quindi, negare questo carattere di realità al diritto di pegno? Le nostre fonti non risolvono direttamente la questione, ma i principii generali non contraddicono alla nostra opinione.

Conchiudendo, mentre non è affatto contestabile il carattere della realità nel diritto di pegno sulle cose corporali, noi dovremo arrivare alle stesse conseguenze per le cose incorporali. Quindi, non pare ammissibile la distinzione fra pegno in senso generale e pegno in senso proprio: il pegno è sempre identico,

---

(1) Cod. civ. art. 418.

qualunque ne sia l'oggetto: s'intende però, che la natura dell'oggetto influisce sul modo di far valere il proprio diritto.

§ IV.

In che differisce il pegno dagli altri diritti reali? Esso differisce e dal punto di vista dell'autonomia e da quello del contenuto.

I. I diritti di usufrutto, di servitù prediali, di superficie, hanno un'esistenza a sè: non occorre, per spiegare la verità di questo principio, far ricorso ad una figura. Essi hanno in sè stessi la loro ragione di essere; il diritto di pegno, invece è un' *accessio*: esiste se esiste un credito da esso garantito.

L. 43 D. *de solut. et liberat.* XLVI. 3: « In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothechae, pignora; praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur. » In tutte le specie di liberazioni, sono liberati anche gli accessorii, per esempio i garanti, le ipoteche, i pegni; ed inoltre, avvenuta la confusione fra il creditore e i garanti, il debitore non viene liberato. Punto importante è questo che, ogni qualvolta vi è estinzione di obbligo principale, si estinguono tutti i rapporti accessorii di garanzia comuni con quest'obbligo; fra i rapporti accessorii la legge cita il pegno e l'ipoteca, e quindi essi non possono sussistere di per sè, a differenza degli altri diritti reali frazionarii che hanno un'esistenza autonoma.

II. I diritti di usufrutto, di servitù prediale, di superficie, consistendo nel menomare il diritto di proprietà, toccano l'elemento del godimento: vi è quindi costituzione di diritti reali speciali di fronte al diritto reale generale che è la proprietà. Nel diritto di pegno invece si tocca l'elemento della disposizione: il proprietario della cosa ha il suo diritto di disporre infirmato, nelle sue conseguenze, dalla disposizione del creditore pignoratizio nell'esercizio del diritto di pegno.

§ V.

Prima norma da derivare da questo concetto è che non può sorgere diritto di pegno, se non sussiste un credito a garanzia del quale miri. Ma, se il diritto di credito non sussiste, ma si costituisce il diritto di pegno nell' intenzione di costituire contemporaneamente il diritto di credito, non vi è dubbio che questo sia possibile. E' quistione, però, d'interpetrazione dell'atto: se non vi è credito, il pegno non ha efficacia.

Conseguenza dell'accessorietà del diritto di pegno, è che se si tratta di credito futuro, il diritto di pegno sorge solo quando il credito diventi reale.

Inoltre, occorre un obbligo principale, e allo stesso modo che nella fideiussione, esso può essere anche naturale; ma, del pegno per credito futuro e del pegno che garantisce un obbligo naturale, noi parleremo a proposito dei crediti sui quali può costituirsi il pegno. E' da notare però che, come il fideiussore può opporre tutte le eccezioni del debitore principale, che non siano strettamente personali, così l'azione ipotecaria può essere ostacolata nel suo corso da quelle stesse eccezioni che ostacolano il corso dell'azione personale.

L. 32 D. *de fideiuss. et mandat.*: « Ex persona rei et quidem invito reo, exceptio et cetera rei commoda fideiussori ceterisque accessionibus competere potest. »

Le eccezioni derivanti dalla persona del debitore principale, anche contro la sua volontà, possono competere al fideiussore e a tutti gli altri obbligati accessoriamente. E siccome il pegno è un accessorio dell'obbligo principale, così anche il possessore della cosa data in pegno potrà opporre le eccezioni del debitore principale.

L. 2. D. *quae res. pignori etc.*: « Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra Senatusconsultum creditum est, an his succurritur, quaeritur. Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, sicuti fideiussori huius mulieris ea-

dem datur exceptio. Sed et in eo qui pro filiofamilias res suas obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractarunt et in fideiussore eius. » Se alcuno abbia dato un'ipoteca in favore della donna che fece garanzia per un altro, o di un *filiusfamilias* al quale fè credito contro il divieto del senatoconsulto, si domanda se sarà soccorso da alcun *eccezione*. E' a dire che è più facile che questa eccezione si accordi a colui il quale ha obbligato la cosa propria per la donna, allo stesso modo che si dà dal fideiussore a colui che ha fatto fideiussione per la donna. Ma, per colui che obbligò la cosa sua per un *filius familias*, bisogna dire lo stesso che per colui il quale fece fideiussione per un minore.

Questo vuol dire che riguardo al pegno si applicano gli stessi principii della fideiussione; ma, se si tratti delle eccezioni accordate dai senatoconsulti Macedoniano o Velleiano, è sempre vero che le eccezioni che si concedono ai fideiussore si accorderanno pure al debitore pignoratizio.

I casi qui contemplati sono due: 1°, una persona garantisce con pegno la obbligazione della donna: il proprietario della cosa potrà opporre l'eccezione del senatoconsulto Velleiano, poichè questa distrugge fin dalle radici l'obbligazione, e quindi le toglie anche l'elemento naturale; 2°, al fideiussore del *filius familias* che ha ricevuto danaro a mutuo compete l'eccezione del senatoconsulto Macedoniano? No, perchè questo lascia intatto l'elemento naturale dell'obbligazione; quindi, neppure competerà questa eccezione a colui il quale ha obbligato le cose sue per un *filius familias*. Ma, qui si suppone che il possessore della cosa data in pegno sia un terzo.

§ VI.

L. 5 § 2. D. *de pignor. et hypoth.* XX. 1: « Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena. » Chi abbia dato in pegno la cosa propria per l'obbligo di un terzo, può considerarsi come fideiussore?

No, perchè non è obbligato personale: chi dà in pegno la cosa propria ha un peso reale sulla cosa medesima: se egli

vende la cosa, l'obbligo suo scompare, ma la cosa non resta libera, essendo gravata da un peso reale.

Dunque, il pegno non può sorgere se non esiste un obbligo principale, nè può continuare a sussistere ove venga meno quest'obbligo, salvo in qualche caso, dal quale alcuni vogliono desumere che il diritto romano non tenga fermo il concetto dell'accessorio in tutto il suo significato. Questo non può affermarsi: nel caso in questione non si ha che un vero ripiego introdotto per i bisogni pratici: e noi lo vedremo appresso.

§ VII.

Il pegno, appunto perchè accessorio, risponde per tutto l'obbligo principale: qualunque obbligazione sorga dal rapporto giuridico per cui si è dato il pegno, è garantita dal pegno stesso. Si deve adunque dire che il pegno si estende a tutti gli accessorii.

Il pegno, appunto per questa sua qualità, subisce le stesse modificazioni dell'obbligo principale: supponiamo che l'obbligazione principale, per diritto romano, tendesse alla consegna di una cosa certa e determinata. Il diritto romano del periodo classico non ammette esecuzione diretta: l'obbligo, da obbligo di specie, diventa obbligo di genere: chi ha garantito con pegno l'obbligazione di dare, sarà tenuto, per l'*id quod interest*, al risarcimento di danni.

§ VIII.

Ma, anche più importante è rilevare come tutti gli accessorii siano garantiti dal pegno: per gl'interessi, ad esempio, a proposito della fideiussione, si faceva distinzione tra le *usurae quae sunt in obligatione* (1) e le *usurae quae officio iudicis praestantur*. Si estende il pegno alle due specie di *usurae*?

Questo punto è assai disputato: per determinare quali in-

(1) V. pag. 133 e seg.

teressi ed anche quali obblighi accessorii siano garantiti dal pegno, è mestieri esaminare alcuni passi.

L. 8 § 5 D. *de pignor. act.* XIII. 7: « Quum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras, et quae in id impensa sunt. » Qui è affermato in modo reciso che il creditore può eseguire la vendita e pel capitale e per gl' interessi e per le spese: ci troviamo di fronte ad un obbligo che sorge in occasione del diritto di pegno, il quale ha un'esistenza autonoma di fronte all'obbligo principale.

L. 20 D. *qui pot. in pign.* XX. 4: « Quaerebatur, si post primum contractum tuum antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta, et hyperocam huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta, quod plus est in pretio rei, quam primo credidisti, utrum ei ob quinquaginta, an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperoca—finge, Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam? Dixi, consequens esse, ut Seius potior sit in eo, quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita, usuramque eius, postponatur primum creditor in summa, quam postea eidem debitori credidit. »

Si domandava al giureconsulto: se dopo il primo contratto tuo, e prima che tu avessi dato a credito altro danaro, Seio avesse fatto credito allo stesso debitore per cinquanta, ed il debitore avesse obbligato il soprappiù della cosa data in pegno, e poscia tu dessi quaranta allo stesso debitore, ciò che vi è di più, sul prezzo della cosa, di quanto hai dato in credito la prima volta, torna a vantaggio di Seio per i cinquanta o a vantaggio tuo per i quaranta? Supponi che Seio sia pronto ad offrirti la somma che tu hai dato a credito la prima volta. Il giureconsulto rispose, essere primo Seio in ciò che avanzi del pegno, e che pagata da lui la somma ch'era prima e l'interesse, il primo creditore sia a lui posposto in quella somma, di cui fè credito in ultimo al medesimo debitore.

Il caso è questo: Tizio, debitore, ha avuto in prestito cento

da Primo, dandogli in pegno una cosa che vale duecento: se Primo non fosse soddisfatto, venduto il pegno, si pagherebbe sui cento e gli altri cento tornerebbero al debitore. Ma, dopo la prima costituzione di pegno, Tizio dà anche la medesima cosa in pegno a Secondo, per cinquanta, e poscia il primo creditore gli fa un'altro prestito di cento garantito sulla medesisima cosa: quindi tre diritti di pegno, due di Primo ed uno di Secondo che sta fra i due. Quest' ultimo credito venne prima di quello di Secondo o si dovrà seguire l'ordine delle date? Il giureconsulto dice che bisogna seguire l'ordine della costituzione: si guarda infatti all'epoca della costituzione del pegno. E' sempre il noto principio: *prior tempore potior iure.*

Ma, il passo contiene un'altra affermazione: questa priorità non riflette soltanto il credito capitale, ma anche gl' interessi. Questi hanno un carattere per sè stante, *sunt in obligatione.*

L. 11 § 3 D. *de pignor. act.* XIII. 7: « Si in sortem dumtaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoraticia. Sive autem usurae in stipulationem sint deductae, sive non; si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pignoraticia cessabit. Alia causa est earum, quas quis supra licitum modum promisit; nam hae penitus illicitae sunt. » Se il pegno è costituito solo per il capitale o anche per gl' interessi, pagato quello per cui il pegno fu costituito, ha luogo l'*actio pignoraticia directa.* Da ciò si ricava che le parti possono avere limitata l' obbligazione del pegno al solo capitale; e quindi occorre, pare, un'espressa limitazione del pegno al capitale, perchè la garanzia non si estenda anche agli interessi.

Ma, quanto a questi, siano *usurae ex obligatione*, siano dovute *ex officio iudicis*, non si può proporre l' *actio pignoraticia*: occorre espressamente pattuire che gl' interessi siano garantiti dal pegno. Questo, almeno, pare che risulti dall' esame superficiale del testo.

L. 13 § 6 D. *de pignor. et hypoth.* XX. 1: « Propter usuras quoque, si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus. » Se l' ipoteca sia obbligata anche per gl'in-

teressi, la garanzia ipotecaria si estenderà ad essi: lo stesso è a dirsi se vi sia la *stipulatio poenae*. Il concetto del passo adunque è questo, che la garanzia pignoratizia si estende anche agli interessi, quando vi sia per essi speciale stipulazione.

§ IX.

Di fronte a questi passi, che non sembrano troppo persuasivi relativamente alla quistione dell'estensione della garanzia pignoratizia all'obbligo degli interessi, che cosa dovremo dire? Forse dovremo giungere alle stesse conseguenze accertate per la fideiussione? No certo. L'obbligo del fideiussore è caratterizzato in modo preciso, *idem fide tua esse iubes?* e per conseguenza, quando si esorbita dall'*idem*, la garanzia vien meno.

Diversa è la cosa pel pegno: sia che si tratti di pegno contrattuale, sia di pegno legale, sia giudiziale, è sempre vero che il giudice ha una cerchia larga per interpretare la portata della garanzia pegnoratizia.

E, fermandoci alla prima specie, osserviamo subito che si tratta di un contratto di buona fede, e che la volontà delle parti non è limitata a quello che nel contratto si è detto: quando il creditore ha accettata la garanzia pegnoratizia, guardando allo scopo della medesima, si deve ritenere che in essa siano compresi col capitale tutti gli accessorii, anche gl'interessi, di qualunque natura.

Abbiamo visto un passo in cui il dubbio sul principio direttivo del diritto romano scompare, perchè si dice che, o si tratti d'interessi che cadono *in obligatione* ovvero di interessi che *officio iudicis praestantur*, è sempre vero che la garanzia pignoratizia si debba estendere a questi accessorii.

E' vero che in qualche passo pare che si accenni alla necessità di un'espressa dichiarazione delle parti, ma il modo stesso con cui esso si esprime dimostra il contrario. Si parla invero di usure, e quindi dovrà dirsi che il pegno non garantisce in nessun caso gl'interessi, di qualunque specie essi sieno, laddove nessuno ha mai dubitato per quelli, che son dovuti *officio*

iudicis, i quali formano tutt'uno col debito principale. Il senso del passo è dunque questo: tutto dipende dalla volontà delle parti, e, quando vi sia dubbio sulla portata del diritto di pegno, il giudice dovrà ritenere che la garanzia si estenda agli accessorii, perchè sostanzialmente connessi all'obbligo principale, se circostanze speciali non consiglino il contrario.

Quindi tenuto conto che le fonti si riferiscono a casi diversi, e che in quel passo esaminato è tolta ogni distinzione fra le due specie di usure, è d'uopo conchiudere, che il pegno normalmente si estende a tutti i crediti accessorii, sebbene abbiano esistenza autonoma, a meno che le parti non abbiano voluto limitare la garanzia all'obbligo principale.

§ X.

In generale il diritto di pegno segue la sorte dell' obbligazione principale e per conseguenza si accresce e si trasforma con quella. Dovrà dirsi, per identità di ragione che quando sia minorato l'obbligo principale diminuisce anche quello pegnoratizio. Se fosse così, la conseguenza logica sarebbe contraria alla volontà delle parti. Entriamo così nel campo della indivisibilità del pegno e della ipoteca.

Si suole affermare, con una espressione derivata da Molineo, che l' ipoteca *est tota in toto et tota in qualibet parte;* e, conseguenza di tale indivisibilità si è che, anche quando resti una minima parte del debito, la garanzia pignoratizia si conserva integra. Le fonti non lasciano dubbi a tal riguardo, e ci presentano applicazioni sicurissime.

L. 6 Cod. *de distrac.pign.*VIII. 27: « Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte maiore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. » Vuol dire che, anche estinto il credito per la maggior parte, il pegno resta intatto, per modo che il creditore può vendere tutta la cosa per soddisfarsi della porzione che resta a pagare.

L. 85 § 6 D. *de verb. oblig.* XLV. 1: « Item si ita stipulatio facta sit, *si fundus Titianus datus non erit, centum dari?* nisi

totus detur, poena committitur centum: nec prodest partes fundi tradere, cessante uno: quemodmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere. » Del pari se si conchiude in una stipulazione: prometti di dare cento, se il fondo Tiziano non sarà dato; se non vien trasferita la proprietà di tutto il fondo, s'incorrerà nella pena, nè giova la consegna di parte del fondo, per la stessa ragione per cui un pagamento parziale non basta a liberare il pegno. L'interesse delle parti in questi casi è che l'obbligazione sia escussa per il tutto. L'istesso si ha per il pegno, perchè, anche estinta una parte massima del credito, come abbiamo visto, resta la garanzia pegnoratizia: ed è appunto interpretando la volontà delle parti, e per utilità delle medesime, che è stabilito tale principio.

Una conseguenza pratica è la seguente: il creditore, se non è soddisfatto completamente, ha diritto alla garanzia; solo, come nel diritto moderno, gli potrà essere impedito dal magistrato di agire oltre la necessità. L'autorità giudiziaria, ad esempio, può, limitando il numero degli stabili, impedire che il venditore faccia valere le sue ragioni su tutti gl'immobili, quando sia stato in parte soddisfatto: quest'intervento ha luogo solo per equità; ma in tesi astratta il diritto del creditore di agire su tutta la cosa data in garanzia è indiscutibile.

L. 19 D. *de pign. et hypoth.*: « Cui pignori plures res accepit non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur. » Qualunque sia la porzione che ha pagato il debitore, il diritto di pegno resta su tutta la cosa.

Suppongasi che non si tratti di pagamento parziale effettuato dal debitore, ma invece di più debitori succeduti a titolo d'eredità al debitore principale, ovvero di più creditori succeduti al creditore: mentre l'obbligazione principale si divide fra gli eredi *ipso iure*, quella pegnoratizia resta integra, per modo che il creditore avrà diritto di agire su tutta la cosa oppignorata, anche quando sia soddisfatto da uno degli eredi del debitore, ed egual diritto spetterà a quello degli eredi del creditore che non venga soddisfatto.

L. 8 § 2 D. *de pign. act. XIII*, 7: « Si unus ex heredibus

portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. » Questo passo conferma il principio che, quantunque il debito venga diviso *ope legis*, non si divide, in virtù del pagamento, la garanzia pegnoratizia.

Vediamo qualche caso pratico. Suppongasi *Primus* creditore, che ha ipoteca, per esempio, sui fondi A, B e C, e *Secundus* creditore in secondo grado solo sul fondo A. *Primus* volendo far valere le sue ragioni, per non essere stato soddisfatto, rivolge la sua azione contro il fondo A: potrà *Secundus* pretendere, perchè si trova perdente, che gli siano ceduti i diritti che ha il creditore anteriore su gli altri stabili, ed, in mancanza, che il creditore divida l'azione? No: il diritto romano, a differenza di quello che statuisce in tema di fideiussione, tiene fermo, relativamente al pegno, il principio della indivisibilità. Non così dispone il nostro codice (1) con l'istituto della surroga ipotecaria.

Altro caso. Potrà un creditore, che abbia ipoteca su gli stabili A, B e C, validamente rinunciare agli stabili B e C, concentrando l'azione ipotecaria sul primo? Certamente pel diritto romano; nel diritto moderno (2) invece ciò è possibile fino ad un certo punto, fino alla trascrizione del precetto immobiliare. Il nostro codice, dichiarando illegale la rinunzia, dopo quel momento, si è tenuto allo stretto diritto.

Ad ogni modo il diritto romano tien fermo questo principio della indivisibilità, rinunziando a qualunque temperamento di equità a favore del creditore che vien dopo, al quale non è concesso quel *beneficium cedendarum actionum*, che è riconosciuto in tema di fideiussione.

(1) Art. 2011.
(2) Art. 2087.

Modi di costituzione del pegno.

§ I.

Il modo con cui si costituisce il pegno differisce, sotto certi rapporti, dai modi con cui si costituiscono gli altri diritti reali; ma, in generale si può dire che, nella parte essenziale, non vi è alcuna differenza.

Il pegno si può costituire o per volontà delle parti, o per disposizione di legge, ovvero per dichiarazione del giudice: le tre forme che troviamo per tutti i diritti reali in genere.

Si potrà costituire un diritto di pegno per occupazione? No: nessuno, trovando una *res nullius*, può occuparla allo scopo di servirsene per garanzia di un debito che una persona ha verso lo stesso occupante. Non vi può essere infatti ragione alcuna che limiti l'efficacia dell'occupazione della cosa, quando il fatto stesso d'averla trovata porta alla proprietà della medesima.

E neppure per via di usucapione potrà costituirsi il diritto di pegno. Alcuni scrittori ne assegnano due ragioni, una storica ed un'altra dommatica: una ragione storica, in quanto che l'usucapione è un modo di acquisto dei diritti sorti in base all'*ius civile*, mentre il pegno è creazione del diritto pretorio. Questo può essere vero; ma non si spiega come non si sia applicata al pegno la *praescriptio longi temporis*, quando questo istituto, di carattere pretorio, sorse nel diritto classico. Ma vi è anche una ragione dommatica, ed è che manca pel diritto di pegno un possesso specifico, senza del quale non può dirsi che vi sia usucapione. Egli è vero che sono in errore quelli che ritengono che addirittura non vi sia possesso del diritto di pegno; in quanto che, solo nel secondo momento, quando il pegno si trasforma in azione pegnoratizia, perchè esso si esplica in un solo atto, può dirsi che manchi, e non nel primo momento, cioè nello stato di quiete. Tuttavia il possesso in questo stadio ha più carattere di custodia: un possesso *pignoris* causa, che serva di base all'usucapione, non può aversi.

Quando del resto s'imagini un sistema, in cui la esistenza del pegno derivi da iscrizione in appositi registri, come avviene nelle legislazioni germaniche, quando si abbia un possesso tavolare relativamente al diritto di pegno, se questo non esiste realmente, lo si potrà acquistare mediante quell' iscrizione.

Esclusi, quindi, questi modi speciali di costituzione, non restano che quelle tre forme già indicate.

§ II.

I. *Volontà delle parti.* Le nostre fonti riconoscono che la volontà delle parti basti a costituire il pegno.

L. 1 D. *de pignor. act. XIII.* 7: « Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. » Vuol dire che è necessaria e sufficiente la semplice convenzione per dar vita al diritto di pegno: non occorre che si trasferisca il possesso della cosa con la *traditio.* Solo quando si tratti di pegno manuale è necessaria la traslazione, ma la ipoteca, che è la figura più semplice, sorge in base alla nuda convenzione.

L. 4 D. *de pign. et hypoth.*: « Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae. Nec ad rem pertinet, quibus sit verbis: sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur. » L' ipoteca si contrae per convenzione, quando alcuno pattuisce che le cose proprie sieno vincolate ad ipoteca per qualche obbligazione.

Anche qui è affermato il principio che la nuda convenzione basta a costituire il pegno. Ma, si è parlato in generale di volontà delle parti; questo modo di esprimere lascia forse supporre che per costituire il pegno, basti la sola volontà del debitore? E' sufficiente che il debitore dichiari di volere costituire un pegno, senza che la sua dichiarazione sia accertata, perchè quello sorga, o è necessario l'accordo delle parti? No,

non basta, la *offerendi unius promissio*; occorre invece l' accordo delle parti. (1)

E, soggiunge il giureconsulto, non importa con quali parole si faccia la convenzione, come avviene in quelle obbligazioni che si perfezionano col solo consenso. Dunque la convenzione d'ipoteca non ha bisogno di formalità alcuna, e però con qualunque espressione si manifesti la volontà delle parti, il contratto è sempre perfetto.

Continua il passo: « Et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit, et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem. Sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt. » E perciò, se si è convenuto senza scrittura che si costituisca un'ipoteca, e lo si potrà provare, sarà vincolata ad ipoteca la cosa su cui si è convenuto. Imperocchè nelle convenzioni di questo genere, le scritture sono semplicemente *probationis causa*, ma non sono necessarie affinchè sorga il diritto: come avviene anche nei contratti nuziali.

La convenzione relativa all' ipoteca, dunque, è una *nuda conventio*, come in tutti i contratti che si perfezionano col semplice consenso; la convenzione di pegno può essere consensuale, ma è anche reale, quando si tratti del pegno vero e proprio, il quale è precisamente uno dei contratti reali, in quanto si perfeziona con la consegna della cosa.

L. 23 § 1 h. t.: « Pignoris obligatio etiam inter absentes

(1) La quistione va risoluta diversamente nel diritto moderno: sotto l'impero del nostro codice, ha ritenuto la giurisprudenza, specie la Cassazione di Roma, che può ammettersi un' ipoteca costituita per dichiarazione unilaterale del debitore, quando il consenso del creditore risulti da un fatto posteriore, come dell'avere iscritta l'ipoteca o dell'avere intentata l'azione ipotecaria. E, che l'intervento del creditore non sia necessario risulta ancora dal combinato disposto degli art. 1978 e 1989, donde si trae la necessità dell'atto scritto di fronte al solo costituente.

recte ex contractu obligatur. » Siccome si tratta di contratto non formale, il quale si può conchiudere anche tacitamente e derivare anche da altre convenzioni, ne viene di conseguenza il principio affermato in questo passo, che la obbligazione pegnoratizia si può conchiudere anche fra assenti.

Il pegno si può conchiudere con qualunque espressione, anche tacitamente: vediamo qualche esempio nelle fonti.

L. 3 § 2 D. *qui potiores in pign. etc.* XX.4: « Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, *ut si frater agri portionem pro indiviso pignori datam, a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret*. Pignus intelligi contractum existimavi: sed priorem secundo non esse potiorem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligari. » Qui si dice: effettuata la divisione di un fondo comune fra due fratelli si è pattuito che se uno dei fratelli non ha liberato la sua porzione *pro indiviso* data in pegno, l'altro venderebbe la metà della parte toccatagli nella divisione. In altri termini, prima della divisione, uno dei fratelli ha vincolato a pegno la sua quota indivisa: nondimeno il pegno, pel principio dell' indivisibilità, grava su tutto il fondo per la metà. La divisione, nel diritto romano, a differenza del diritto moderno, non è dichiarativa di diritti, ma crea un dominio nuovo nel condividente, ond'è che, malgrado questa, il creditore che non dev' essere leso menomamente nelle sue ragioni, continuerà ad avere diritto su tutta la cosa per la metà.

Tornando ora alla convenzione, di cui si tiene parola nel passo, il giureconsulto ritiene che si tratti di una convenzione di pegno; appunto quella facoltà di vendere data ad uno dei fratelli, serve a dimostrare che si è costituito un pegno a favore dell'altro. Le parti non l' hanno detto, ma ne risulta l'intenzione dal modo con cui esse hanno determinato quel rapporto giuridico.

Un altro esempio di pegno tacito è nella L. 3 Cod. *plus valere quod agitur etc.* IV. 22: « Emptione pignoris causa facta

non quod scriptum , sed quod gestum est inspicitur. » E' una vendita entro cui si nasconde un contratto un pegno, ed anche qui si dice che non si deve guardare a quello che è scritto dalle parti, ma a quello che le parti hanno realmente voluto : norma generale che bisogna tener presente in tutti i contratti consensuali.

L. 2 Cod. *si aliena res pign. etc. VIII.* 15: « Si probaveris, praedia vel hortos, de quibus agebatur tuos esse, intelligis, obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agens in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti. » Si tratta di giardini che vengono vincolati a pegno a favore di Tizio. Il punto importante è questo che, senza il consenso del proprietario, vengono vincolati a pegno; ma se questi, sapendo che erano stati dati in pegno ad un creditore in buona fede, ha taciuto, il suo silenzio doloso è equiparato a consenso. Il pegno, insomma, è ugualmente costituito e, più che un' interpretazione della volontà del proprietario, si ha qui una punizione del suo silenzio.

L. 2 Cod. *quae res pign. etc. VIII.* 16: « Quum constat, pignus consensu contrahi, non dubitamus, eum , qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. » Poichè consta che il pegno si costituisce col semplice consenso, non dubitiamo che colui il quale ha dato in pegno gli strumenti di compra dei proprii fondi, abbia inteso di obbligare a pegno i fondi medesimi.

L. 5 § 2 D. *quib. caus. pign. etc. XX.* 2: « Si quis fideiubeat, quum res illius a debitore, pro quo fideiussit, pignori data sit, bellissime intelligitur, hoc ipso, quod fideiubeat, quodammodo mandare res suas esse obligatas ; sane si postea sint eius res hypothecae datae, non erunt obligatae. » Il caso è questo: Tizio, debitore, dà in pegno cose che appartengono a *Primus*: fin qui il pegno non è valido, perchè costituito su cose altrui; ma, se *Primus*, sapendo che la cosa sua fu data in pegno, fa fideiussione pel debitore, da questa sua fideiussione, posteriore alla costituzione del pegno, il giureconsulto trae la conseguenza che il fideiussore abbia ratificato il contratto di

pegno anteriormente costituito. Ma, se il proprietario avesse fatto fideiussione prima che la cosa sua fosse stata data in pegno da un terzo, allora il fatto della fideiussione, essendo anteriore al contratto di pegno, non vincola il proprietario per il pegno medesimo. Bisogna, dunque, badare all'epoca dell'avvenuta fideiussione.

L. 26 § 1 D. *de pign. et hypoth.* XX. 1: « Pater Seio emancipato filio facile persuasit, ut, quia mutuam quantitatem acciperet a Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius eius, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandae; quaerebatur, an Seius inter cetera bona etiam hanc domum iure optimo possidere possit, quum patris se hereditate abstinuerit, nec metutum iri ex hoc solo, quod mandante patre manu sua perscripsit instrumentum chirographi, quum neque consensum suum accomodaverat patri aut signo suo, aut alia scriptura? Modestinus respondit: quum sua manu pignori domum suam futuram Seius scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est. » Qui abbiamo un padre ed un figlio emancipato: il padre, avendo tolto a mutuo danaro da Tizio, persuase suo figlio a scrivere il chirografo con cui si vincolava a pegno la casa del figlio medesimo. Il figlio avrebbe dovuto succedere al padre benchè emancipato, e per l' editto pretorio e per le disposizioni ulteriori. Il figlio *abstinuit se hereditate*: sebbene la frase sia impropria, essa accenna alla non accettazione per parte del figlio emancipato. Il giureconsulto dice: il figlio non ha fatto che scrivere sotto dettatura; ma vi è un vincolo. Il creditore non ha l'obbligo di informarsi in quali circostanze il figlio abbia scritto il chirografo, nè il figlio può in buona fede negare di averlo scritto col suo pieno consenso: se l' avesse voluto scrivere solo per obbedienza al padre, l'avrebbe espressamente manifestato. Quindi, sebbene manchi la sua personale dichiarazione di vincolare la cosa, avendo egli scritto il chirografo, si ritiene vincolato.

Dall' esame di questi passi, noi non possiamo che ricavare una conferma di quanto s' è detto innanzi, che cioè, la volontà

di costituire un pegno può essere dedotta da qualunque circostanza di fatto.

§ III.

Ed ora esaminiamo una quistione: l'alienante di una cosa può a qualunque titolo ritenere per se il diritto di pegno su di essa? Le nostre fonti non lasciano alcun dubbio al riguardo: esse affermano recisamente la possibilità di costituire il *pactum reservati pignoris*. Ma, che cosa è questo *pactum reservati pignoris*? Vi sono due opinioni al riguardo.

1.ª Chi, alienando una cosa, ritiene un diritto di pegno sopra di essa, non acquista un diritto *ex novo*, ma di tutti gli elementi del diritto di proprietà, ritiene la facoltà di alienare sotto certi determinati aspetti. Chi costituisce il pegno, in questa ipotesi, non è l'acquirente, ma colui il quale aveva la proprietà della cosa e l'ha trasmessa.

2.ª La proprietà si trasmette integra nell'acquirente, e da lui è costituito il pegno: chi trasmette non può costituire un diritto di pegno sulla cosa propria, poichè sulla cosa propria non può esservi garanzia. Infatti, quando ha luogo questo trasferimento con la costituzione di un pegno sulla cosa, la proprietà passa integra nell'acquirente, il quale al momento in cui riceve la cosa, costituisce il diritto di pegno a favore del proprietario di esso.

Quale delle due opinioni è la vera? Non è possibile esitare a favore della seconda; a parte le ragioni accennate, nelle fonti è la conferma chiara e precisa del modo di vedere dei giureconsulti a tal riguardo.

L I. § D. *de reb. eor. qui etc.* XXVII. 9: « Si minor vigintiquinque annis emit praedia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto, pignus valere; nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari;

L. 2. Sed hic videtur illud movere, quod cum dominium pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit. I-

gitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur. » Se il minore di venticinque anni compra dei fondi, col patto che fino a quando non abbia eseguito il pagamento, questi fossero vincolati con pegno a favore del venditore, io reputo che il pegno non sia valido: imperocchè, non appena la proprietà è stata acquistata dal minore, essa incomincia a non poter essere obbligata. Ma, può far qui difficoltà che il pegno è stato acquistato una al dominio, e che fin da principio l'obbligazione del pegno era inerente alla cosa: certo, se uno ha comprato dal fisco, non v'è dubbio che sussista sulla cosa un dritto di pegno a favore del fisco; ma, se la compra è fatta da un privato venditore, occorre l'assenso imperiale, affinchè, mediante il rescritto, si confermi il pegno.

Un' *oratio* di Severo stabiliva che il minore di venticinque anni potesse alienare i beni, specie gli stabili, e specialmente fra questi gli urbani, solo col rescritto imperiale e l'intervento delle autorità tutelari superiori: l'incapacità di alienare porta con se quello di ipotecare. Nell'ipotesi del passo, il minore non vende, ma compra; ma a garanzia del pagamento consente che il fondo da lui comprato sia vincolato a pegno al venditore. E' valida una simile costituzione di pegno? Se noi accettiamo la prima delle due cennate opinioni, dobbiamo rispondere affermativamente, se accettiamo la seconda, negativamente, perchè, passata la proprietà nel minore, questi non può costituire il pegno *sine rescripto imperiali*. La tesi contraria, soggiunge Paolo nella L. 2 che abbiamo esaminata, è ammissibile solo se venditore sia il fisco: in tal caso si avrebbe un pegno legale; ma quando il vincolo legale manca, il pegno di per sè non è valido ed allora occorre il rescritto imperiale, che autorizzi l'alienazione.

§ IV.

Chi può essere capace di costituire un diritto di pegno? Occorre in primo luogo che vi sia un obbligo personale: può ac-

quistare un diritto di pegno solo colui a favore del quale esista l'obbligo personale. Ma, supponiamo il caso di un *adiectus solutionis*: un tale promette di dare *aut mihi aut Titio;* ma l'obbligo personale è contratto direttamente con me, essendo Tizio solo un *adiectus solutionis gratia*. Se si è costituito a favore di Tizio un pegno, è esso valido? No; perchè manca l'obbligo personale e Tizio non è che un semplice rappresentante per esigere.

L. 33 D. *de pign. et hypoth.* XX. 1: « Is qui promisit tibi, aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum et ante solutionem recipit. » Qui, infatti, non si tratta di persona che vanti un diritto di credito, ma di un *adiectus solutionis*. Diversa sarebbe l'ipotesi, se ci trovassimo di fronte ad un cessionario del diritto di credito: la condizione giuridica di costui non sarebbe che quella del creditore originario.

§ V.

E' possibile costituire un diritto di pegno per via di rappresentante, sia mandatario, sia gestore di affari? Il diritto romano, in via di principio, esclude la rappresentanza: l'ammette solo per l'acquisto del possesso. Si domanda: come si può acquistare per via di rappresentanza il possesso e per via di possesso il dominio, è possibile acquistare il diritto di pegno?

E' principio generale che *per liberam personam adquiri non potest*: è possibile acquistare per una persona soggetta a patria potestà o a schiavitù, ma non per una persona capace. La ragione di questo principio forma oggetto di molte dispute: alcuni lo vogliono mettere in relazione con l'antico formalismo, altri con il concetto romano dell'autonomia del cittadino. Dicono questi ultimi, che sarebbe stato strano che i romani avessero ammesso che un cittadino potesse servire ad un altro, negli affari che riguardassero quest' ultimo. Altri, infine, sostengono che non si potesse ritenere la volontà di una persona, capace di sostituire quella di un' altra.

E' certo che, malgrado il formalismo sia venuto a scom-

parire, il principio si mantenne saldo anche posteriormente: le prime eccezioni incominciarono a verificarsi nel periodo classico e specialmente al tempo degli Antonini. Sorsero, di fronte ai contratti formali, i contratti consensuali, e, sebbene questi ultimi non racchiudessero formalità di sorta, fu anche in essi esclusa la rappresentanza.

Il principio contrapposto all' altro da uno dei Severi è che si potesse acquistare per *liberam personam*: il possesso, considerato come di puro fatto, dava luogo alla necessaria conseguenza che, chi possedeva una cosa sotto determinate condizioni, potesse acquistarne anche la proprietà. Per esempio, *Primus* e *Secundus* fanno uno contratto di compravendita: la *traditio* non è effettuata immediatamente; dopo, la consegna della cosa non è fatta al compratore, ma al suo rappresentante, il quale possederà la cosa per il compratore stesso: la conseguenza è questa che, siccome si può possedere per via di rappresentanti, si potrà, anche per via di questi, acquistare.

§ VI.

Questo che è vero per la proprietà, può dirsi che sia vero anche per il diritto di pegno? No: le nostre fonti lo negano recisamente.

L. 11 (Ulpiano) § 6 D. *de pign. act.* XIII. 7: « Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo, ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur; et ideo ipsi actione pignoratitia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem acquiri; nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere: ipsam autem obligationem liberam personam nobis non semper acquiret. » Per conto di persona libera non si acquista il diritto reale di pegno, e quindi, per lo più, non si acquista per via di procuratore o di tutore: e perciò questi saranno convenuti con l'azione pignoratizia; ossia, quando il debitore ha pagato, non potrà rivolgersi contro il credi-

tore per la restituzione del pegno, ma contro il *procurator* (1) e il *tutor*. Nè, continua Ulpiano, il principio stabilito dall'imperatore, che si possa *per liberam personam acquiri possessionem*, porta a conclusioni diverse in materia di pegno; poichè, questo principio farà si che noi possiamo acquistare per via di procuratore o di tutore il possesso del diritto di pegno già da noi stabilito: in generale non si acquista per via di rappresentanti.

E' mestieri notare del passo due espressioni: *plerumque* e *non semper:* queste ci danno più a pensare, perchè non è possibile che il giureconsulto avesse usate due espressioni cosi vaghe senza meglio determinarle.

Vediamo un altro passo in cui a prima vista sembra che si dica il contrario.

L. 21 (Ulpiano) D. *de pign. et hypoth.* XX.1: « Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore, vel ratam habente me conventionem, vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videatur. » Se fra il colono ed il mio procuratore si sia fatta convenzione di pegno, sia che io ratifichi, sia che io dia mandato di conchiudere la convenzione, è come questa fosse stata fatta fra me ed il colono.

Vediamo finalmente una costituzione di Giustianiano.

L. 2 Cod. *per quas person. etc.* IV. 27: « Quum per liberàm personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiritur ei, cuius nomine pecunia credita est, per huiusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur, talem differentiam expellentes sancimus, et condictionem, et hypothecariam actionem, vel pignus, ipso iure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. » Poichè per via di persone libere si acquista l'azione personale, quando si sia pagato il danaro in nome di altri, e non l'azione derivante dalla

---

(1) Occorre delineare la figura del *procurator*: essa è stata messa in rilievo dallo Schlossmann, il quale ne parla come di un accessorio del cittadino romano, una specie di fattore: d'ordinario, pare che fosse un liberto.

ipoteca o dal pegno, per l' oggetto consegnato al procuratore, togliendo di mezzo questa differenza, noi stabiliamo che tanto la *condictio*, quanto l'azione ipotecaria o pignoratizia, si acquistino senza alcuna cessione dal *dominus contractus*.

Nel diritto giustinianeo, adunque, si trova affermato in via di principio che anteriormente non si acquistava l' azione ipotecaria, ma l'azione personale: Giustiniano riforma il principio, togliendo le differenze e dicendo che si acquista il diritto di pegno e la *condictio* senza bisogno di cessione.

§ VII.

Di fronte a questi tre passi quale diremo che fu lo stato del diritto nell'epoca classica?

La maggioranza degli scrittori ritiene che la L. 11 § 6 sia interpolata; le due espressioni sulle quali ci siamo di proposito fermati, furono introdotte per porre di accordo il passo di Ulpiano con la costituzione imperiale.

E come potrà mettersi di accordo la L. 21 con la L. 11 § 6? Questo è un punto molto controverso. La opinione del Dernburg, seguita da altri, è che nella L. 11 § 6 si enunci il principio per cui il rappresentante generale non potrebbe acquistare un diritto di pegno: la legge 21, invece, si riferirebbe, non al mandato generale, ma al mandato speciale. Questa conclusione è poco soddisfacente: è sempre vero che in linea generale la rappresentanza non è ammessa.

Altri hanno voluto trovare circostanze particolari nella L. 21: ma i ripieghi sono inutili. Nella compilazione giustinianea la soluzione è facile: fra questi due passi, poi, noi dovremo dire che la L. 11 § 6 stabilisce una regola che trova un' eccezione nella L. 21.

Quello che a noi sembra, è che nella L. 21 si presenti un caso speciale, il caso della garanzia per rappresentanza in una locazione di fondi rustici ed urbani. E' principio che in questi casi, senza bisogno dell'assenso delle parti, sia vincolato a pegno ciò che il conduttore introduce nel fondo a garanzia dello

affitto. Non si potrà dire, adunque, che qui si tratti di costituire un pegno legale, ma di determinarlo meglio: non si crea un diritto di pegno ma lo si disciplina.

Ad ogni modo, è certo che, anche nel diritto ultimo, il principio che esclude la rappresentanza è tenuto fermo e si ricorre ad una finzione per evitarlo: così, se effettivamente si sia costituito un diritto di pegno a favore di una persona, e questa l' avrà ratificato, il pegno sarà validamente costituito; ma, da ciò appunto deriva che il pegno, essendo valido solo al momento della ratifica, questa validità non può dirsi che retroagisca al giorno dell'avvenuta costituzione, e quindi la ratifica intervenuta non potrà pregiudicare i diritti quesiti anteriormente dai terzi.

§ VIII.

Continuando ad esaminare chi è che possa acquistare un diritto di pegno, sorge la quistione: chi è incapace di acquistare la proprietà di una cosa, è anche incapace di acquistare su di essa un diritto di pegno? No, perchè il diritto di pegno non conduce assolutamente all'acquisto della cosa. Questo principio è riconosciuto nella L 24 *de pign. et hypoth.*: « In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. » La cerchia degli acquisti a titolo di proprietà non è identica a quella degli acquisti del diritto di pegno.

§ IX.

Chi può costituire un diritto di pegno? La norma generale è questa, che può costituirlo chi è proprietario ed ha la libera disposizione della cosa. Le nostre fonti sono precise al riguardo: in esse troviamo affermato che occorre che, al momento in cui si fa la convenzione, la cosa sia in *bonis* del costituente.

L 15 § 1 D. *de pign. et hypoth.*: « Quod dicitur creditorem probare debere, quum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est....... »

Notiamo che qui è affermata una specie di proverbio giuridico, per cui il pegno vale quando la cosa è *in bonis* del debitore costituente.

L 6 Cod. *si aliena res etc.* VIII. 15: « Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori, se magis contrario pignoratitio obligat iudicio, quam quidquam dominis noceat, quum Serviana etiam actio declarat evidenter iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est. » Colei che dà in pegno ai creditori il fondo che aveva donato ai figli, si rende obbligata con l'azione pignoratizia contraria, piuttosto che nuocere ai proprietarii. Infatti chi dà la cosa altrui a pegno non nuoce al diritto del proprietario, ma obbliga sè stesso. L'editto Serviano dice a tal proposito che non può essere vincolato a pegno se non quello che è fra i beni del costituente. Occorre adunque la facoltà di alienare: questo già si sarebbe potuto desumere dal principio generale, perchè il costituente del pegno su di una cosa viene esposto ad una eventuale alienazione. E questo punto, anzi che essere discutibile, è affermato nella L 6 Cod. *de reb. alien. etc.* IX. 15: « Nemo res ad te pertinentes non obligatas sibi, nec ex officio vendendi potestatem habens, distraendo quidquam tibi nocere potuit. » Si comprende, in questa affermazione generale, inclusa anche la impossibilità di costituire un diritto reale di pegno su cose che non siano *in bonis* del costituente.

§ X.

Nel campo del diritto moderno si presenta una questione importantissima a tale riguardo. L'art. 2085 del nostro codice dispone che « dalla data della trascrizione i frutti dei beni indicati nel precetto sono distribuiti unitamente al prezzo degli stessi beni; il debitore non può alienare i beni medesimi, nè i frutti, e ne rimane in possesso come sequestratario giudi-

ziale, eccettochè sull' istanza di uno o più creditori il tribunale reputasse opportuno di nominare un altro sequestratario. »

Questione: il debitore, che è considerato come sequestratario giudiziale, potrà per lo meno ipotecare i beni su cui grava il procedimento di espropriazione, ovvero sotto la voce *alienare* si comprenderà anche la costituzione di un vincolo ipotecario? La giureprudenza e la dottrina sono divise, ma nella giurisprudenza, e in quella specialmente della Cassazione di Roma, a sezioni riunite, può dirsi che prevalga l'avviso che il divieto di alienare non comprenda quello d' ipotecare.

L'opinione contraria, prevalente nella dottrina, pare più accettabile; ed osserviamo subito che essa trova un base nel principio stabilito nell'art. 1974 che l' ipoteca non può essere costituita se non da chi è capace di alienare. Fu notato dal Melucci che l'art. 1974 si riferisce alla capacità personale, non a quella in ragione della cosa; ma, si può rispondere agevolmente che in questo articolo non v' è alcuna distinzione, si parla in generale di capacità, la quale, generale o speciale che sia, è sempre stabilita in considerazione delle qualità personali, tanto è vero che anche l' incapacità sancita nell' art. 2085 deriva dalla condizione giuridica della persona.

Si è detto ancora, che ove la legge ha voluto vietare che si concedesse un'ipoteca su di una cosa, avendone vietata anche l'alienazione, l' ha detto espressamente, laddove in questo caso ha voluto limitare il divieto alla semplice alienazione. Questo ragionamento potrebbe essere esatto, quando ci trovassimo di fronte ad una legislazione positiva, in cui fossero adoperate le parole in un senso preciso e determinato, come nel codice germanico, ove espressamente è detto che, ogni qual volta si vieta l' alienazione, vi si deve comprendere anche l' ipoteca; ma, di fronte ad una legislazione in cui la terminologia non è fissa ma incerta, l'argomento *a contrario* non può avere efficacia.

La conferma dell'opinione da noi esposta deve dunque trovarsi nella ragion della legge. Poniamo da parte per poco il procedimento di espropriazione, e guardiamo ad un altro istituto del diritto commerciale, quello del fallimento: quando, ac-

certata la non solvenza, è dichiarato il fallimento, la legge provvede a che non si alteri la condizione giuridica di tutti i creditori. Qui, invece, non abbiamo un procedimento analogo; ma ad ogni modo è certo che, iniziato il procedimento di spropriazione, il debitore è posto dalla legge in tale condizione da non potere più danneggiare la condizione dei creditori.

Ora è evidente che il sequestratario, che non può disporre dei frutti, non possa vincolare i beni medesimi ad ipoteca a danno dei suoi creditori. Anzi, in certe legislazioni si è creduto cautelare queste persone, accordando loro un diritto reale sulla cosa, tale da non poter essere menomato da tutti gli altri diritti che potessero concedersi sulla medesima.

Ammettendo per poco la teoria della Cassazione di Roma, ne viene che il debitore, che ha perduta ogni speranza e pudore, come dice il Gabba, di fronte ad un giudizio di spropriazione, non esiterà un momento, concedendo un' ipoteca ad uno qualunque dei suoi creditori, a metterlo in condizione privilegiata rispetto agli altri creditori semplicemente chirografarii. E' possibile che la legge abbia voluto questo? Il fatto che la legge ha vietata l' alienazione dei frutti dimostra che qui si tratta appunto di restringere la capacità personale del debitore.

Del resto, se pure queste ragioni non sono sufficienti, vi è un ultimo argomento che basta a dimostrare luminosamente come l'art. 2085 non può essere inteso così come si vuole.

L'art. 2088 del nostro codice così dispone: « Se un creditore non avente ipoteca domanda la subastazione di beni non compresi in una sola coltivazione, il cui valore è evidentemente superiore a quello necessario pel soddisfacimento del suo credito e dei creditori ipotecarii iscritti sui medesimi beni, il tribunale sull' istanza del debitore può limitare la subastazione a quelli che riconosce sufficienti. » Talchè se un creditore, che non ha ipoteca, per ottenere il soddisfacimento del suo credito di lire mille, volesse comprendere nella subastazione immobili pel valore di un milione, il giudice potrebbe intervenire e provvedere a che non fosse danneggiata la condizione del debitore. Ora, se la teoria contraria fosse vera, limitata la subastazione a

tre o quattro stabili, il debitore potrebbe, ipotecando questi a nuovi creditori, rendere inutili i diritti del creditore istante. A che varrebbe allora la disposizione dell'art. 2088? La Cassazione risponde, che al giudice è lasciata ampia facoltà, in modo che egli possa prudentemente provvedere a che sia lasciato margine al creditore; ma, chi è che può determinare i limiti della buona fede? Tutte queste ragioni fanno ritenere che il debitore, contro cui vi sia procedimento di espropriazione, non possa ipotecare, come non possa alienare i suoi beni: questo, in virtù del principio generale che la costituzione d'ipoteca è anche essa un'alienazione, in modo che nel divieto d'alienazione si debba comprendere anche la concessione di un'ipoteca, quando risulti chiaramente che il legislatore non abbia voluto il contrario.

§ XI.

L'ipoteca, abbiamo visto, può essere costituita dal proprietario della cosa; anzi, le fonti richiedono che si abbia la cosa *in bonis*. Da quanto è disposto nelle fonti, si desume, quindi, che non solo il proprietario possa concedere un'ipoteca, ma ancora altre persone, quali l'enfiteuta, il superficiario e il possessore di buona fede. Infatti, l'enfiteuta e il superficiario, lasciando stare per ora il possessore di buona fede, sono titolari di diritti reali; ma il loro diritto ha un carattere così esteso, che si confonde, per utilità pratica, col diritto di proprietà; ond'è che la legge concede a queste persone la facoltà di costituire diritti reali speciali. Vediamo qualche passo in cui è confermato questo diritto di disporre della cosa, ipotecariamente.

L 16 § 2 D. *de pignor. act.*: Etiam vectigale praedium pignori dari potest. Sed et superficiarium; quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.» Dunque, può essere dato a pegno il *praedium vectigale* ed anche il fondo superficiario, poichè si concedono azioni utili ai titolari del diritto di superficie.

E' opportono dare qualche chiarimento a questo passo. Lo Stato, i Comuni ed i Collegi solevano dare in affitto a lunga scadenza i propri beni, dietro corrispettivo di un canone;

donde poi l'enfiteusi. Nei primi tempi, a vantaggio del conduttore, si aveva un'azione personale; nondimeno, nelle locazioni dello Stato il bisogno pratico s'impose, ed il pretore accordò un'azione reale al conduttore, con la quale questi potesse tutelare il suo diritto di fronte a qualunque persona, senza bisogno di ricorrere allo Stato.

Quindi, mentre in linea generale, secondo il diritto romano, il conduttore non aveva alcun diritto reale sul fondo, tanto che il locatore poteva cacciarnelo liberamente, riguardo alle locazioni fatte dallo Stato si andava più oltre, concedendo al conduttore un *actio in rem*, con la quale questi poteva tutelare il pacifico godimento del suo diritto.

Ora, il titolare di questo diritto reale, si legge nel passo, potrà vincolare a pegno l'*ager vectigalis*, e lo stesso dovrà dirsi pel superficiario. Tanto l'enfiteuta, quanto il superficiario hanno un diritto larghissimo, e però possono liberamente vincolare a pegno la cosa, o più esattamente, come vedremo in seguito, il proprio diritto.

L 13 § 3 *de pign. et hypoth.*: « Et in superficiariis legittimo consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem: sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenrit, sive etiam possessio tradita (fuerit), deinde amissa sit. » Intanto, da questo passo si ricava che è possibile una convenzione d'ipoteca, consentita dal titolare del diritto di superficie.

E si ricava ancora dalla L 15 D. *qui pot. in pign. etc.*: « Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest: ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium. » Si può dare in pegno la superficie, in modo da non pregiudicare i diritti del proprietario del suolo. Questi passi adunque dimostrano luminosamente come le fonti riconoscano nell'enfiteuta e nel superficiario il diritto di disporre ipotecariamente del loro diritto.

§ XII.

Ed ora una quistione: dovrà dirsi in questo caso che il pegno o l'ipoteca gravi sulla cosa, ovvero sul diritto? Le opinioni, anche a questo riguardo, sono divise. Se noi guardiamo ai due primi testi, può sembrare che il pegno gravi sulla cosa, mentre l'ultimo, nel quale si dice che non è il suolo, ma la superficie che si dà a pegno, in quanto non può esser leso il diritto dominicale, fa ritenere invece che gravato dal pegno non sia la cosa, che ne forma oggetto, ma il diritto di superficie.

Un'obbiezione vien fatta dal Dernburg: se noi ammettessimo egli dice, questa teoria, dovremmo giungere in certi casi a conseguenze assurde. Suppongasi infatti, egli dice, che il superficiario ceda il suo diritto al proprietario del suolo: allora, per confusione, perchè non può aversi un diritto reale speciale sulla cosa propria, il diritto di superficie scompare, e per conseguenza, estinto il diritto che è l'oggetto del pegno, dovrebbe venir meno il pegno stesso. Ma, bisogna osservare che la confusione estingue tutti i diritti, salvo quelli dei terzi, che fossero già acquisiti. Prendiamo per maggior chiarimento un esempio dalle servitù.

Tizio è proprietario di un fondo, che ha un diritto di servitù su di un altro: se egli acquista in proprietà anche questo fondo, la servitù, pel principio *nemini res sua servit*, verrà ad estinguersi; ma, supponiamo che uno avesse preso ipoteca quando il fondo aveva quel vantaggio, l'avvenuta confusione potrà defraudare il creditore ipotecario delle sue ragioni? No, certo: ora, come si dice che per salvare il diritto del terzo si fa restare la servitù, malgrado sia estinta per confusione, così si dovrà nel nostro caso venire alla stessa conseguenza pel pegno.

Anzi, vi è un argomento, che va contro la teoria da noi combattuta. Se fosse vero infatti quello che si afferma, che cioè il diritto di pegno è costituito sulla cosa, scomparso il diritto

del concedènte, anche quello del creditore dovrebbe venir meno. Considerando invece la cosa dal nostro punto di vista, le ragioni del creditore restano sempre salve.

§ XIII.

Fra coloro che, pur non essendo proprietarii, possono costituire diritti di pegno, sia pure entro certi limiti, vi è il possessore di buona fede. Questi invero, ha un possesso tale che può condurlo all'acquisto della proprietà, per via dell'usucapione, e può anche tutelare il rapporto giuridico che ha con la cosa con la *Publiciana in rem actio*, azione modellata sull'azione di revindica, spettante al proprietario, e fittizia, nel senso che il pretore inserisce nella formola la clausola, in virtù della quale il possessore potrà esser tutelato, come se avesse compiuta l'usucapione. Questa tutela non ha tuttavia un carattere deciso ed assoluto, in quanto che il possessore di buona fede vince solo di fronte a chi ha un titolo inferiore al suo; non vince quindi di fronte al proprietario, che ha un diritto poziore.

Qual'è dunque l'efficacia giuridica del pegno, costituito da questo possessore di buona fede?

La risposta è nella L. 18 D. *de pign. et hypoth.*: « Si ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi: sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. »

Se io ho ricevuto in pegno una cosa da chi poteva avvalersi della *Publiciana*, perchè non ne aveva il dominio, il pretore mi difenderà per via dell'*actio Serviana*, allo stesso modo che difende il possessore con la *Publiciana*. Vuol dire che si concede l'azione *Serviana* per tutelare il pegno costituito dal possessore di buona fede: in altri termini, secondo questo passo, il pretore verrebbe ad accordare al creditore un'azione pignoratizia allo stesso modo e negli stessi limiti entro cui vien data la *Publiciana* al debitore.

E però, il creditore pignoratizio potrà sperimentare il suo diritto solo di fronte a chi ha un titolo inferiore al suo, non

mai contro il proprietario, il quale gli può opporre la eccezione di dominio, che è tale da distruggere qualunque altro dritto.

Anche quando il possessore di buona fede abbia cessato di esser tale, potrà costituire diritti di pegno. Si guarda la buona fede iniziale, perchè *mala fides superveniens non nocet*. Questa norma si applica anche per l'acquisto dei frutti: malgrado l'opinione contraria di qualche scrittore, prevale in questa materia quella di Giuliano, che si trova accolta anche dal nostro codice civile. Non occorre, invece, neppure la buona fede iniziale per il creditore, a cui favore è costituito il pegno, appunto perchè egli non esercita un diritto che gli appartiene *ex capite proprio*, sebbene un diritto che ha la base nel dritto di un'altra persona.

Potrà il creditore pignoratizio usucapire il proprio diritto di pegno? No: anche quando sia validamente costituito, il diritto di pegno continua ad esser sempre tale, e non si rafforza se non quando si rafforzi il diritto del debitore.

L. 21 § I. *h. t.*: « Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pignoravit, Servianae locus est; et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita Julianus ait, et habet rationem. » Se uno possegga uno schiavo, che ha comprato da uno non ne era proprietario, e che ha dato in pegno, si fa luogo all'azione Serviana; anzi il creditore potrà respingere l'eccezione del debitore con la *replicato doli*.

In altri termini, il costituente il pegno è possessore, e quindi la sua eccezione non potrà prevalere di fronte all'azione del creditore, il quale potrà rispondere con la replicazione di dolo: questo, dice il passo, è l'avviso di Giuliano ed è ragionevole.

§ XIV.

Dobbiamo ora occuparci del pegno costituito su cosa altrui. Qual'è la sorte del pegno così costituito? Si comprende agevolmente che, quando sia intervenuto il consenso del proprietario, questo consenso, o antecedente ovvero susseguente la costi-

tuzione del diritto di pegno fatta dal debitore, basti a renderlo efficace.

L. 20 D. *de pignor. act.*: « Aliena res pignori dare voluntate domini potest: sed et si ignorante eo data sit et ratum habuit, pignus valebit. »

Ma, suppongasi che sia stato costituito un pegno su cosa d'altri, senza l'assenso del proprietario. Bisognerà distinguere due casi: o il debitore ha vincolato a pegno la cosa altrui *sub conditione,* pel caso che essa diventi di sua proprietà, ovvero l'ha data come propria. Ambedue i casi sono tipici e contemplati nelle fonti.

1.° L. 16 § 7 *de pign. et hypoth.*: « Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, *si debitoris facta fuerit.* » Il pegno in questo caso sarà valido, ma in che senso? Sorgerà immediatamente il diritto reale di pegno? Vediamo quanto dispone il diritto romano a riguardo della vendita della cosa altrui.

La vendita della cosa d'altri è valida, perchè nel diritto romano, la vendita non importa l'obbligazione di trasferire la proprietà della cosa nel compratore, anzi il diritto romano esclude dalla cerchia dei contratti di vendita, considerandoli innominati, quei contratti nei quali si stabilisce che il venditore sarà obbligato a trasferire la proprietà della cosa. L'obbligo principale del venditore è quello di assicurare al compratore il pacifico godimento della cosa. Questo il concetto romano; tuttavia non bisogna credere che il diritto romano andasse troppo oltre, perchè, se è vero che la vendita non trasferisce la proprietà, tuttavia, se le parti stabiliscono che col possesso della cosa non ne passerà la proprietà, si ha assolutamente un patto nullo. Ad ogni modo, finchè il compratore è nel pacifico godimento della cosa, non potrà agire contro il venditore.

Si potrà dire lo stesso del pegno di cosa altrui? Bisogna porre una differenza fra il contratto di pegno, in quanto crea un vincolo obbligatorio ed il pegno, in quanto crea un diritto reale.

Ora chi ha costituito un pegno sopra una cosa altrui potrà benissimo essere chiamato a rispondere dei danni, perchè, in questo caso, il contratto di pegno, quantunque sia nullo per il

trasferimento del diritto, produce effetti obbligatorii, e quindi obbliga anche al risarcimento dei danni derivanti da quella costituzione.

Quando, adunque, diciamo che è nullo il pegno su cosa altrui, dobbiamo intenderne la nullità in questo senso che, in virtù di esso non possa costituirsi un diritto reale sulla cosa vincolata, non che il pegno non possa produrre vincoli obbligatorii.

Torniamo al passo, il quale contempla questa ipotesi, una costituzione di pegno su cosa d'altri, pel caso in cui questa entri nel patrimonio del debitore. Può dirsi che vi sia qualche cosa che urti contro i principii generali? Anche qui bisogna distinguere due casi: il caso in cui questa costituzione si riferisca a cosa determinata individualmente ed il caso di pegno relativo ad una universalità di cose. Nel secondo di questi casi il pegno è perfettamente valido.

2.ª Ed ora alla seconda ipotesi, un debitore cioè il quale abbia ipotecato una cosa altrui, come propria. Il pegno in questo caso è nullo: ma, suppongasi che posteriormente il debitore diventi proprietario della cosa, ovvero che il proprietario diventi erede del debitore; suppongasi in altre parole che colui che era obbligato personalmente diventi proprietario, o altrimenti che il proprietario della cosa diventi anche obbligato personalmente; quali le conseguenze? Secondo la grande maggioranza degli scrittori, l'acquisto successivo, fatto dal debitore fa convalidare il pegno a favore di chi era in buona fede al momento della costituzione. Questo, nel senso che il creditore di mala fede non può agire contro i terzi, che detengono la cosa, poichè, anche essendo in mala fede, potrà benissimo opporre un'eccezione al costituente, che volesse agire contro di lui. Bisogna quindi vedere in ogni caso se il creditore è in buona o in mala fede: nel primo caso gli sarà accordata l'azione *erga omnes* ed ancora un'eccezione, nel secondo non gli verrà data azione, ma solo un'eccezione contro chi è personalmente obbligato.

L. 3 § 1 D. *qui potiores etc.* XX. 4: « Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur,

prius quam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. Prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset; verum in ea quantitate, quam solvisset, eiusque usuris, potiorem fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum. »

Il caso è il seguente: *Primus*, nel gerire gli affari di Tizio ha acquistato un fondo, con l'obbligo di trasferirlo al *dominus rei gestae*, e, prima che fosse fatta la traslazione del possesso, l'ha vincolato a pegno: consegnata la cosa, vincola a pegno la stessa ad un'altra persona. Si ritiene che dovrà esser preferito il primo al secondo creditore, e la ragione è evidente, perchè il primo diritto di pegno sorgeva appunto nel momento in cui la cosa entrava nel patrimonio del costituente: ecco una norma che incominciamo a ricavare dalle fonti, per determinare la condizione dei varii creditori.

L. 1 D. *de pignor. et hypoth.*: « Conventio *generalis* in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita: postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilius erit possidenti retentio. » E' un altro caso, perchè si tratta di una convenzione generale di pegno: qualunque cosa entri nel patrimonio, si ritiene che sia vincolata a pegno: caso tipico, escluso dal nostro diritto, che non ammette che ipoteche speciali. Anche qui si fa distinzione fra buona e mala fede del creditore; si tratta di una costituzione di pegno di cosa che non era nel patrimonio del debitore, e si dice che, dopo che se n'è acquistato il dominio, se il creditore non ignorava, che la cosa era d'altri, sarà più difficile concedergli l'azione, ma più facile dare la ritenzione al possessore. Dunque al creditore in mala fede si nega l'azione, ma si accorda bensì l'eccezione; egli non acquista il diritto di pegno nel senso che non può agire *erga omnes*, ma può respingere con eccezione l'azione del debitore, che vuole riprendere la cosa propria.

§ XV.

Abbiamo visto, dunque, la soluzione che danno le fonti relativamente alla quistione della convalidazione del pegno, costituito da colui che non è proprietario. Tuttavia mentre alcuni passi, come abbiamo visto, distinguono se il creditore sia in buona o in mala fede, in altri questa distinzione non viene fatta.

L. 41 D. *de pignor. act.*: « Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pignoratitia creditori. » Tu desti in pegno, dice il passo, una cosa altrui, poi ne sei diventato proprietario; al creditore sarà data l'azione pignoratizia utile. Qui Paolo afferma in modo reciso che il creditore ha un'azione reale, quando il costituente sia diventato proprietario e non fa distinzione di sorta fra buona e mala fede. Si noti però che si dice *actio utilis*: la diretta a rigore non potrebbe darsi, perchè il costituente non è proprietario, ond'è che si transige, concedendo un' *utilis in rem actio*.

Continua il passo: « Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed, si convenisset de pignore ut ex suo mendacio arguatur improbe, resistit, quo minus utilis actio moveatur. » Non è a dire lo stesso se io sia diventato erede di Tizio, che aveva obbligato la cosa mia a pegno, senza la mia volontà; perchè in tal caso non è da concedere un'azione pignoratizia al creditore. Mentre dunque si afferma che, se il costituente diventa proprietario, si dà un'azione utile al creditore, si risolve diversamente la quistione, pel caso che il costituente muoia e il proprietario diventi erede di lui; appunto perchè la sua qualità di proprietario coincidendo con quella di debitore principale, la condizione di lui verrebbe ad esser pregiudicata. Ma, se invece si fosse fatta convenzione di pegno, soggiunge il giureconsulto, in

modo da arguire che il proprietario vi abbia assentito, è ingiusto che questi resista a che si conceda l'azione.

Dunque, queste due ipotesi sono risolute da Paolo in modo diverso, ma si può dedurre in ogni modo che in questo passo non si fa distinzione alcuna fra buona e mala fede.

L. 5 Cod. *si aliena res. etc.* VIII. 15: « Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae daretur. » Quando una cosa, che non appartiene ancora al debitore sia data in pegno e poscia entri nel patrimonio di lui, è chiaro che non spetta l'azione normale relativa al pegno; ma, tuttavia, il principio di equità fa sì che facilmente si conceda un'utile azione.

Che cosa dovremo dire di fronte alla L. 1 *de pign. et hypoth.* già esaminata, da un lato e a questi due passi, dall' altro?

Esaminando i passi, si vede che il requisito della buona fede vi dev'essere al momento della conclusione del contratto, perchè la L. 5 parla di *actio utilis* fondata sull'equità; e non sarebbe giusto accordare l' azione a chi a ragion veduta ha pattuito un pegno. Quell' accenno all' equità quindi non permette che si prenda l'afformazione della L. 5 in modo generale, ma solo in rapporto al creditore di buona fede.

Resta l'altro passo, la L. 41, per spiegare la quale bisogna risalire ad un principio generale. Quando si tratti di alienazioni di proprietà fatte *a non domino*, il ricevente non diventa proprietario della cosa *ipso iure*, neppure quando l' alienante ne sia diventato proprietario; ma, solo quando sia in buona fede si accorda un'eccezione, l' *exceptio rei venditae et traditae.* Se dunque è vero che in tema di alienazioni di proprietà l' acquisto posteriore non convalida la fatta alienazione, dovrà dirsi lo stesso in caso di pegno?

Vediamo la L. 56 *ad senatus. Trebell.* XXXVI. 1: « Filiam fratribus, certis rebus acceptis, hereditatem restituere pater voluit: ante restitutam hereditatem in possessionem hereditatis fi-

liam quoque mitti, placuit: cum autem interea filii res annorum in solidum distraxissent, item alios pignori dedissent: hereditate postea restituta, constitit ex eo facto caeterarum quoque portionum venditiones, item pignora confirmari. »

Un padre istituì erede la figlia con l'obbligo di restituire l'eredità ai fratelli; ma, prima della restituzione dell'eredità, credette opportuno immetterla nel possesso delle cose ereditarie. Poichè intanto i figli avevano alienato del tutto alcuni beni, ed altri avevan dato a pegno, in seguito alla restituzione dell'eredità fu stabilito che si ritenessero convalidate le vendite delle porzioni ereditarie ed anche i pegni. Qui si tratta di alienazioni e costituzioni di pegno di cose ereditarie, relative quindi a cose altrui, e si dice che, trasmessa l'eredità, restano entrambe convalidate. Questi atti sono messi allo stesso livello, non si fa distinzione fra la tradizione di proprietà e la costituzione di dritti reali; e però, se noi troviamo accertato che il ricevente, il quale sia in mala fede, non può opporre l'*exceptio rei venditae et traditae*, dovremo venire alle stesse conseguenze, quando il creditore pignoratizio sia in mala fede. Il passo di Paolo dunque non può far legge di fronte agli altri.

E del resto, indipendentemente da considerazioni fondate sui testi, vi è ancora questa, che l'*actio utilis* è un rimedio che il pretore accorda a chi sia stato ingannato, e non può essere accordato per conseguenza a chi è in mala fede.

E' mestieri ritenere quindi, con la gran maggioranza dei scrittori, la distinzione che ci presenta il giureconsulto, nella L. 1 *de pign. et hypoth.*, l'opinione del quale è suffragata ancora dalle ragioni addotte nella costit. 5 del Codice.

L. 9 § 3 D. *qui potiores etc.* XX. 4: « Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit: si Titio voluta sit pecunia, non ideo magis Mevio pignus convalescere placebat. Tunc enim, priore dimisso, seguentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis

mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse. »

Si tratta di uno stesso fondo, dato da Tizia successivamente in pegno a Tizio ed a Mevio, ambedue creditori. Tizia non era proprietaria di quel fondo, ma, posteriormente, avendone acquistato il dominio, lo da in dote al marito, stimandolo (1).

Intanto dopo la costituzione dei due pegni, la moglie è diventata proprietaria, e quindi anche i creditori, poichè in buona fede, diventano titolari di dritti reali; ma, sussisteranno entrambo i pegni? Se viene soddisfatto Tizio, dice il giureconsulto, non per questo si deve ritenere convalidato anche il pegno di Mevio; imperocchè, allora si conforma il pegno susseguente, dopo che è stato soddisfatto il primo creditore, quando la cosa sia entrata nel patrimonio del debitore. Nel caso proposto il marito sta *loco emptoris* e la cosa non è più nel patrimonio della moglie, e però non si trova un tempo nel quale il *pignus* possa convalidarsi.

Occorre dunque, perchè il pegno si convalidi, che vi sia un momento qualunque in cui il debitore diventi proprietario della cosa. Qui avviene che il primo creditore è diventato titolare del diritto di pegno, quando la donna è divenuta proprietaria della cosa; e, quando il secondo creditore avrebbe potuto ugualmente aver un diritto di pegno sulla cosa, perchè il primo era stato tolto di mezzo, la donna ha finito di esserne proprietaria: il diritto del secondo creditore quindi assolutamente non può esser convalidato.

La conseguenza che si trae dal passo è questa, che il pegno

---

(1) La *dos aestimata* è quella di cui è fissato il valore e che passa immediatamente in proprietà del marito, il quale si trova, rispetto alla cosa, *loco emptoris*. Le conseguenze pratiche sono gravissime, perchè il pericolo della cosa è a carico del marito, il quale dovrà restituirne il prezzo, mentre se si tratta di dote *non aestimata* il marito non è tenuto alla restituzione, quando la cosa sia perita.

non si convalida di fronte a quei terzi, i quali abbiano acquistato diritto a titolo oneroso: che se invece il creditore si fosse trovato di fronte ad uno che avesse acquistato a titolo gratuito, la cosa sarebbe stata diversa. Infatti il passo dice: il creditore, in tanto acquista diritto di fronte ai terzi, allorchè la proprietà si consolida nella debitrice, in quanto i terzi non hanno acquistato a titolo oneroso. Si danno quindi due spiegazioni, per dimostrare che questo passo non può esser messo insieme con tutti gli altri; o si ricorre al carattere condizionale del diritto del secondo creditore, ovvero alla distinzione fra atti a titolo oneroso ed atti a titolo gratuito. Questa distinzione veramente non è negli altri passi, che sono nel proprio titolo, nella *sedes materiae*: di fronte ad essi, si deve ritenere che quello rappresenti un'opinione solitaria di Africano, di cui non si può tenere conto. La distinzione suddetta va infatti anche contro l'affermazione generale, secondo cui il creditore può far valere azioni ed eccezioni *erga omnes*; quindi, se si vuole spiegare il passo di Africano, non resta che ricorrere alla seconda spiegazione.

Tornando alla L. 41 abbiamo visto che Paolo ritiene in quel passo che non possa concedersi l' azione oppure l' eccezione al creditore, quando il proprietario della cosa, data in pegno, diventi erede del debitore. In un passo di Modestino si dice invece il contrario.

L. 22 D. *de pign. et hypoth.*: « Si Titio qui rem meam, ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero: ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. »

Qui, come si vede, è affermato il contrario di quello che dice Paolo, in quanto che si dice, che nel caso in questione, al creditore pignoratizio si concede un'*utilis actio*: antinomia che non si può evitare, malgrado le varie soluzioni proposte; anzi bisogna rinunziare ad ogni tentativo di conciliazione, riconoscendo che ci troviamo di fronte a due opinioni opposte. Ma quale delle due si dovrà accogliere?

Appunto in base a quei testi, che lo affermano in modo esplicito, dobbiamo ritenere con Modestino, l'opinione del quale

sembra perciò più accettabile, che il pegno di cosa altrui si convalidi quando il creditore sia in buona fede al momento della costituzione, senza far distinzione per altro fra il caso in cui il debitore costituente il pegno sia divenuto proprietario ed il caso in cui il proprietario della cosa sia divenuto erede del debitore.

§ XVI.

La convenzione costitutiva di pegno non si può annoverare fra gli atti a titolo gratuito. Non si può dire che nel costituire un pegno a favore di una persona vi sia una liberalità a suo vantaggio: il pegno nulla aggiunge al patrimonio di chi lo riceve e nulla toglie al patrimonio di colui che lo costituisce; esso mira soltanto a rafforzare un diritto di credito, rendendo più energica l'obbligazione.

Tutto questo quando si tratti di pegno costituito da chi è personalmente obbligato; ma, se il pegno è costituito a favore di un terzo? Allora noi ci troviamo di fronte ad una *intercessio,* la quale importa assunzione di un obbligo altrui, sia in via principale, sia in via sussidiaria. Il pegno, costituito pel soddisfacimento del debito altrui, dalle nostre fonti è considerato come un' *intercessio*, e quindi sottoposto ai rigori del senatoconsulto Velleiano, quando lo costituisca una donna.

L. 1 § 4 D. *de pign. et hypoth.* « Quum praedium uxor viro donasset, idque pradium vir pignori dedisset, post divortium mulier possessionem praedii sui recuperavit, et idem praedium ob debitum viri pignori dedit; in ea duntaxat pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit meliore praedio facto, scilicet si maiores sumtus, quam fuctus fuissent, quos vir ex praedio percepit: etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur. » Avendo una moglie fatta donazione di un predio al marito, e questi avendo dato il predio medesimo in pegno, la moglie, dopo il divorzio, ne ricuperò il possesso, e diede lo stesso predio in pegno per il debito del marito. Risultò

che il pegno fu legalmente contratto dalla moglie, solo nei limiti della somma, che avrebbe dovuto offrire al marito pei miglioramenti da lui arrecati al fondo, cioè, se le spese arrecate superassero i frutti che il marito percepì dal fondo, poichè, riguardo a quella quantità, la donna si reputa che abbia gerito un affare proprio, più che un affare altrui.

Il caso è questo: vi è una donazione fra coniugi; questa è nulla, salvo nell'ipotesi che il donante muoia senza averla rivocata. Il marito, avendo ricevuto dalla moglie un fondo in donazione, lo costituisce in pegno a favore di Tizio: ma avvenuto il divorzio, la moglie ricupera il possesso dello stabile suo: poscia essa, a nome proprio, lo costituisce in pegno pel debito del marito. Questa costituzione di pegno è invalida, in quanto essa è un' *intercessio*; ma, avuto riguardo alle spese sopportate dal marito per migliorare quel fondo, se ne ammette la validità nei limiti delle spese erogate, detratto da queste il valore dei frutti. Il giurecoesnlto dice che la moglie, in questa ipotesi, viene a soddisfare un'obbligazione propria.

§ XVII.

Se si tratti di un atto a titolo oneroso, potrà dirsi che il diritto di pegno costituito per un debito proprio debba considerarsi come in frode delle ragioni degli altri creditori? In diritto romano l'azione Pauliana revoca questo atto. Però, occorre distinguere fra quelli a titolo gratuito e quelli a titolo oneroso: nei primi, il creditore deve dimostrare soltanto la diminuzione del patrimonio (*eventus damni*), la quale ha diminuito le sue garanzie; nei secondi, bisogna ancora provare il *consilium fraudis* e del debitore e del terzo.

Che dire a proposito del pegno? Le nostre fonti rispondono recisamente.

L. 6 § 6 D. *quae in fraud. credit. etc.* XLII. 8: « Apud Labeonem scriptum est, cum qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur recuperat; eum enim quem Praeses invitum solvere cogat, impune non

solvere, iniquum esse; totum enim hoc Edictum ad contractus pertinere, in quibus se Praetor non interponit, utputa pignora venditionesque.» Presso Labeone si trova scritto che colui il quale riceve una cosa sua, non si ritione che frodi alcuno; per esempio, colui che riceve ciò che gli si deve. Manca assolutamente il carattere della frode, quando si riceve in pagamento ciò che è dovuto, sebbene da questo pagamento venga danno agli altri creditori. Imperocchè, dice il passo, colui che il Preside costringa a pagare anche contro la sua volontà, è contrario all' equità che non possa adempiere alla sua obbligazione. L'editto in questione si riferisce ai contratti, nei quali il pretore non può intervenire, come per esempio, i pegni e le vendite. Qui comincia ad aversi l'affermazione, che il pegno sia uno di quegli atti che si vietano come fatti in frode dei creditori.

L. 10 § 13, *h. t.*: « Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum. » Se ad una persona non si sia invero fatto pagamento, ma egli abbia ricevuto un pegno per un credito antico, sarà tenuto con l'azione Pauliana. Ecco un'altra affermazione più precisa della prima.

L. 22 *h. t.*: « Quum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. Respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit, et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent. » Un creditore, avendo ricevuto per un vecchio credito dei pegni, si domanda, se sia di nessun momento il pegno, come fatto in frode dei creditori. Si risponde, che non per questo il creditore non può far valere l' azione derivante dal pegno, perchè fece patto di costituire un pegno per un credito antico, a meno che ciò non sia stato fatto in frode dei creditori: qui vi è di più dichiarata la condizione a cui è sottoposta la revoca.

§ XVIII.

Abbiamo innanzi detto che la prima fonte costitutiva di pegno è la volontà delle parti, ed abbiamo visto che per diritto romano basta la sola convenzione per costituirlo. E' possibile costituire un diritto di pegno per atti di ultima volontà? Se ne suole trovare la risposta affermativa nella L. 26 D. *de pign. act.* XIII. 7: « Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, quum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. » Non è a meravigliare, quando il magistrato abbia messo alcuno in possesso, che si costituisca un pegno, poichè il nostro imperatore una al padre hanno affermata la possibilità di costituire il pegno per testamento.

Alcuni sostengono che il passo non può essere inteso così: che relazione, essi dicono, vi è tra il pegno costituito per disposizione del pretore e quello costituito per testamento? E si dice: il pegno è conseguenza della immissione in possesso fatto dal pretore per qualunque titolo: quando il pretore immette uno, *ex testamento*, in possesso, allora sorge il diritto di pegno; si tratta di pegno sorto per disposizione del pretore che ha immesso in possesso.

Certo, da questa *missio in possessionem* derivava il diritto di pegno: il testo effettivamente deve essere così inteso; ma, ad ogni modo, questo non toglie che il diritto di pegno possa essere costituito per testamento. Abbiamo la certezza che il pegno si costituisse per testamento specie in materia alimentaria.

Veramente non si può parlare di costituzione di pegno per via di legato *per vindicationem*; il diritto costituito *per vindicationem* doveva essere quiritario: il pegno è una creazione dell'editto del pretore, quindi a rigore non sarebbe stata possibile una simile costituzione. Ma, noi troviamo ammesso che si possa costituire *per vindicationem* un diritto di superficie: quindi non è lungi del vero la supposizione, che, almeno nel diritto classico, si sia fatto lo stesso anche per il pegno.

Ma, la quistione suole essere fatta nel diritto moderno: il nostro codice distingue le ipoteche, in *convenzionali*, *legali*, *giudiziali*: non fa parola alcuna delle ipoteche *ex testamento*. Si domanda: sotto il nome di ipoteca convenzionale può essere compresa quella *ex testamento*?

Sebbene la parola della legge sembri respingere l'affermativa, vi sono altre disposizioni che lasciano supporre che il legislatore ritenga possibile una simile costituzione di ipoteca, in forza della volontà unilaterale del costituente.

Alcune legislazioni sono per l'affermativa, altre per la negativa, ed altre, fra cui la nostra, tacciono; per diritto nostro la questione non è facilmente risolubile. Noi riteniamo che sia valida l'ipoteca *ex testamento* quando sia seguita da accettazione.

§ XIX.

II. *Disposizione di legge*. Il diritto romano conosce varie specie di pegni legali: di solito, essi vanno sotto il nome di pegni taciti. Essi formano obbietto di due rubriche speciali, una nel Digesto (XX. 2) ed una nel Codice (VIII. 14 o 15). Si ritiene che qui la legge intervenga per interpretare la volontà delle parti. Questo modo di concepire il pegno legale deriva dalla figura più importante che è quella del pegno del locatore. E si noti, che quella è una forma non felice per qualificare il pegno legale: essa è dovuta ad una reminiscenza storica. Infatti, suppongasi che si tratti di pegno convenzionale tacitamente costituito: il divieto di costituire pegni convenzionali dovrebbe estendersi ai pegni legali? Si; invece le nostre fonti dichiarano espressamente, a proposito del pegno del pupillo, che, mentre egli non può costituire un pegno convenzionale su cose proprie, sorge sopra di queste un pegno legale: vuol dire che questo sorge per disposizione di legge.

Quindi, quella espressione *pignora tacita* ha la sua spiegazione storica, ma è priva di pratiche conseguenze. La espressione di pegno legale, d'altra parte, non si trova nelle fonti romane.

I pegni taciti si distinguono in due categorie, una prima di pegni su cose singole ed una seconda di pegni su di un patrimonio.

§ XX.

A. *a*) In prima linea, fra quelli della prima categoria, viene il pegno che spetta al locatore di fondi non destinati alla produzione dei frutti, per garanzia di tutti i crediti derivanti dal contratto di locazione, sulle cose introdotte, non transitoriamente, nel fondo.

Innanzi tutto, il fondo non deve essere destinato alla produzione dei frutti: per lo innanzi questo pegno era ammesso solo per Roma; e ciò risulta dalla L. Cod. *in quib. caus. pign.* VIII. 14: « Sancimus de invectis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur, non solum in utraque Roma et territorio (1) earum hoc ius locum habere, sed etiam in nostris provinciis. Tali enim iusta praesumtione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus. » Stabiliamo che, in ordine alle cose introdotte dal conduttore, le quali sono obbligate al locatore per gli affitti, non solo in Roma ed in Costantinopoli e nel relativo territorio, ma anche nelle altre provincie queste consuetudini abbiano vigore; desideriamo che di questa giusta presunzione si valgano tutti i nostri delle provincie.

Giustiniano, adunque, qualifica espressamente per una presunzione di legge questa che forma la base della costituzione del pegno.

Era consuetudine nei contratti di locazione, di dare un pegno per garanzia degli affitti: nei fondi urbani questo pegno veniva costituito dalle cose che vi s' introducevano. Ed è importante notare la differenza fra la terminologia usata nell' *edictum de migrando* e quella usata nell'editto nuovo: nel primo si parla di *inducta et importata*, nel secondo di *invecta et il-*

(1) Circoscrizione di cento miglia attorno alla città, entro cui aveva giurisdizione il *praefectus urbis*: erano le così dette regioni suburbicarie.

lata. Questo accenna appunto alle diverse condizioni di Roma nelle diverse epoche: nella prima espressione, si mostra trattarsi di cose che si solevano portare a spalla d' uomo, nell'altra, di mobili od altri per cui erano necessarii i carri.

Il pegno sugli *invecta et illata* ha luogo, come abbiamo detto, per la locazione dei fondi *non destinati alla produzione dei frutti*; questa espressione, adoperata dal Windscheid, è molto più precisa dell'altra, *fondi urbani*. L'antitesi tra fondi rustici e fondi urbani ha nel diritto romano significati svariati: dovremo quindi determinare prima, in questa teoria, quello che può significare urbano: e urbano qui significa appunto, casa di abitazione, negozio, area non fabbricata destinata a deposito e simili, perchè, in tutti questi casi il locatore non avrebbe altra garanzia, che sulle cose introdotte per la destinazione del fondo.

Nel libro XX titolo 2, vi sono passi che confermano questo concetto di predio urbano; specie la L. 4 § 1: « Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum eo numero habenda sint, dubitari potest; et quidem urbanum sine dubio non sunt, quum a ceteris aedificiis separata sint. Quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt. » Le stalle, che non si trovano nella parte abitata della città si può dubitare in quale categoria di predii si debbano collocare: certo non appartengono ai fondi urbani, essendo separate dagli altri edifici; ma per tutto quello che si riferisce al pegno tacito, non differiscono molto dai predii urbani.

Il concetto di urbano, di per sè stesso, abbiamo già detto che nel diritto romano è variabile: alcuni fondano la distinzione sulla differenza del luogo, altri dicono urbano qualunque edificio e rustici i terreni non fabbricati; altri, in fine, partono dal concetto della destinazione del fondo.

Quel che dice Nerazio a proposito della stalla è vero anche per l' area: questo giureconsulto, pur facendo capo ad una distinzione che non è più accettata negli ultimi tempi del diritto classico, la modifica riguardo al pegno.

L. 4 D. *de pact.* II. 14: « Item, quia conventiones etiam ta-

cite valent. placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim convenerit. » Parimenti poichè valgono anche le tacite convenzioni, fu ritenuto che nel locare le abitazioni urbane, dovessero considerarsi come date in pegno le cose introdotte dal locatore, sebbene nulla si sia stipulato particolarmente.

Questo passo dimostra come il punto di partenza sia stato un concetto ristretto (*in urbanis habitationibus*); ma, esso è ancora importante, perchè ci conferma il concetto del pegno tacito romano, che per l' origine storica si è considerato come derivante della volontà delle parti. Ma questa formola teorica, dovuta all'origine storica del pegno tacito, è senza alcuna pratica applicazione.

L 3 D. *in quib caus.* XX. 2: « Si horreum fuit conductum, vel diversorium, vel area, tacitam conventionem de invectis, illatis etiam in his locum habere putat Neratius; quod verius est. » Se fu tolto in affitto un magazzino, o un piccolo albergo, o un area, Neratio ritiene che anche per quei luoghi si ha la tacita convenzione di pegno sulle cose introdottevi.

Dunque, lo stesso Nerazio ch' è il giureconsulto più antico che si occupi di questo, fa ritenere che il principio si applichi in tutti quei casi in cui il fondo affittato non sia destinato alla produzione dei frutti. E qui ritorna sempre la solita espressione, *tacita conventio*: questo mostra che i giureconsulti si abituarono a considerare il pegno come il portato della volontà delle parti. Vuol dire che era ancora fresco il ricordo della consuetudine per cui non si faceva un contratto di locazione senza questa clausola.

§ XXI.

Questa specie di pegno tacito serve a garantire le obbligazioni derivanti direttamente o indirettamente dal contratto di locazione.

L. 2 *h. t.* « Pomponius libro quadragesimo variarum lectionum scribit: non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem

abitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata. » Non solo per gli affitti, ma anche, se pel colpa sua l'inquilino avrà deteriorato la casa, titolo per cui si concede contro di lui l'*actio ex locato*, le cose introdotte nella casa saranno obbligate a pegno.

Questo passo, adunque, ci dice che l'obbligazione di pegno non è limitata all'obbligo di pagare il fitto, ma anche a quegli obblighi derivanti dal contratto di locazione: e, come esempio, il giureconsulto, cita il risarcimento dei danni che per colpa dell'inquilino la casa abbia sofferto. Le riparazioni straordinarie, che in generale, sono a carico del locatore, quando sono causate dalla incuria del conduttore, vanno a carico di quest'ultimo: il pegno s'intende esteso anche a queste.

Ma, il pegno non si estende a quei crediti che escano dall'orbita del contratto di locazione: per esempio, se il conduttore è obbligato in forza della convenzione al pagamento di alcuni pesi, oltre al fitto, il pegno garantirà anche l' obbligo accessorio, perchè questo rappresenta una parte del fitto; ma, se egli fitta un opificio, nel quale vi sono degli operai, e si stabilisce che il conduttore pagherà il fitto ed inoltre un tanto agli operai, la mercede sarà garantita dal pegno? No, perchè il credito della mercede appartiene agli operai e non al conduttore.

E, se il conduttore si obblighi, oltre al fitto, a prestare l'opera sua al locatore, il pegno garantirà pure questa prestazione? No: perchè la legge accorda il pegno non per la locazione di opere, ma per la locazione di cose.

Un'ultima ipotesi: se io ho tolto in affitto una casa e vi ho introdotto i mobili di un terzo, s'intenderanno questi vincolati a pegno?

Se il terzo abbia scientemente lasciato che s'introducessero mobili nella casa, facendo in tal modo credere al locatore che fossero del conduttore, egli avrà agito con inganno, e, per questo, i suoi mobili resteranno vincolati a pegno.

L. 1 § 5 D. *de migr*. XLIII. 32: « Illud notandum est, Prae-

torem hic non exegisse, ut in bonis fuerit conductori, nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine inducta sit. Proinde etsi aliena sint, et sint talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto huic locus erit; quod si nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore. »

Qui si tratta del divieto di ritenzione, che compete al locatore: quando l' inquilino vuole asportare i mobili di casa, il locatore può opporsi.

Nel caso in cui l' inquilino abbia pagato, ed ingiustamente il locatore si opponga a che i mobili siano portati via, il pretore concederà all'inquilino l'*interdictum de migrando.*

È da notare che qui il pretore non ha richiesto che la cosa fosse nel patrimonio dell' inquilino, né che si trattasse di una cosa su cui gravasse il pegno, ma che fosse stata introdotta a titolo di pegno. Quindi, se si tratta di cose altrui e siano tali che non possono essere tenute a titolo di pegno, ma tuttavia sieno state introdotte a questo titolo, sarà luogo a questo interdetto; perchè, se non furono introdotte a titolo di pegno, non potevano essere ritenute dal locatore.

L. 7 § 1 D. *in quib. caus.* XX. 2: « Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint; quod magis est. » E' da vedere se non tutte le cose introdotte, ma solo quelle che furono introdotte perchè restassero, siano vincolate a pegno: e questo è vero.

Ma, se l' inquilino volesse asportare parte de' mobili per sostituirne altri, potrebbe farlo? Nel caso concreto bisognerà vedere se vi è una violazione di quel pegno.

Se si tratta di affitto di una bottega, si potrà parlare di pegno sulle singole cose della bottega? Non si tratta di pegno sulle singole cose, ma sopra una *universitas facti*, e quindi, siccome questa resta tale, malgrado il mutamento di tutte le singole parti, non è vietato al conduttore questo mutamento: nel caso concreto è, però, sempre questione di apprezzamento del giudice.

§ XXII.

b) Nel contratto di locazione dei fondi rustici, il diritto di pegno legale, detto tacito, grava sui frutti prodotti dal fondo. Essi sono vincolati, sia che vengano raccolti dal colono direttamente, sia da un' altra persona cui il colono abbia sublocato il fondo. A tal riguardo, devo farsi un paragone fra il pegno sugl' *invecta et illata* nei fondi urbani e quello sui frutti nei fondi rustici.

Nel pegno sugli *invecta et illata*, se l' inquilino abbia a sua volta affittata la casa data in locazione, i mobili e le altre cose ivi introdotte, sono vincolate a pegno, solo entro i limiti dell'obbligo che ha il subinquilino, e non per tutta la pensione che l' inquilino deve al locatore Nei fondi rustici, invece, il vincolo pegnoratizio colpisce tutti i frutti, senza limitazione di sorta.

L. 11 § 5 D. *de pig. act.*: « ..... Unde si domum conduxeris, et eius partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri, nam Iulianus scribit, solvi ei posse, et si partem tibi, partem ei solvero, tantumdem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi: non enim credibile est hoc convenisse ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur... » Se tu hai tolto in affitto una casa, e ne hai locato una parte a me, ed ho pagato l' affitto direttamente al locatore, potrò sperimentare l'azione pignoratizia. In tanto si concede l' azione, in quanto il pagamento è debitamente fatto a persona che può riceverlo; e perchè? Suppongasi che *Primus* abbia locato una casa a *Secundus*, e questi a sua volta l'abbia locata a *Tertius*: se *Secundus* deve ancora qualche cosa a *Primus*, *Tertius* che paga può correre pericolo di vedersi sfuggire le cose prorie, e però dice il testo, questo subinquilino che ha pagato debitamente, potrà con l' azione pignoratizia personale domandare la liberazione delle cose proprie. E lo stesso si deve dire, soggiunge il passo, se io (sub-

inquilino) ho pagato del fitto una parte a te ed una al locatore: a dir vero le cose da me introdotte saranno vincolate solo pel prezzo della sublocazione, da me pattuito.

Questo pei fondi urbani ; quando si tratti di fondi rustici invece, i frutti sono tenuti senza limitazioni, poichè non sono cose che appartengono al subcolono, sibbene al proprietario.

L. 61 § 8 D. *de furtis* XLVII. 2: « Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent; si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse aiebat; sed et si tu alii fructus pendentes vendideris, et emptor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus; etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse: et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere: quod certe in proposito non aeque dicitur; qua enim ratione coloni fieri possint, cum emptore eos suo nomine cogat? » Da questo passo di Africano, innanzi tutto, si ricava che la convenzione, per cui si vincolavano a pegno i frutti dei fondi, nelle locazioni dei medesimi, era una convenzione solita: ancora quindi ai tempi d'Africano, la legge non aveva riconosciuto il pegno tacito. Ora dice il passo: se tu, cui è stato locato il fondo, porterai via i frutti vincolati a pegno pel pagamento della mercede, potrò agire con *l'actio furti*, in quantochè quest'azione si può sperimentare da chi ha interesse : non solo, ma anche se tu avrai venduto ad altri i frutti, ed il compratore li avrà esportati, quei frutti diverranno furtivi. Quali le conseguenze? Essi non si possono usucapire imperocchè, come soggiunge il giureconsulto, i frutti finchè sono attaccati al suolo, formano parte del fondo, e però il colono in tanto li fa suoi in quanto si ritiene che li percepisca per volontà del proprietario. Nel caso in questione, quando i frutti sono vincolati a pegno, potrà presumersi la volontà del *dominus*? Per qual ragione potrà dirsi che i frutti saranno di proprietà del colono, quando questi li percepisce non nell'interesse proprio, ma di un terzo? La proprietà dei frutti in questo caso non passa, ma resta al proprietario della cosa.

Questo passo adunque ci avverte che di per sè i frutti sono

di proprietà del proprietario del fondo, e che in tanto passano al colono in quanto vi è la sua volontà; per conseguenza la garanzia pegnoratizia colpisce tutti i frutti, come prodotto del fondo, e si può far valere di fronte a qualunque persona, senza limitazioni di sorta.

§ XXIII.

Si domanda, se nei contratti di locazione di fondi rustici vi sia ancora un pegno sugli *invecta et illata*.

Nella L. 4 D. *in quibus causis etc.* XX. 2, si legge: « Eo iure utimur, ut, quae in praedia urbana, inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur. » In questo passo si dice che il pegno sugli *invecta et illata* non si ha pei fondi rustici; ma in un passo del Codice è o sembra detto il contrario.

L. 5 Cod. *de loc. et cond.* IV. 65: « Certi iuris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum conduxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis, vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris iure tenentur. » E' diritto certo che quelle cose, che per volontà del *dominus* i coloni abbiano introdotto nel fondo, siano tenute a pegno. Quando invece si tratta di locazioni di case, non occorre la scienza del locatore, perchè quelle cose già sono vincolate a pegno. Dunque questo passo conferma che per riguardo ai fondi urbani non si fa distinzione; per riguardo ai fondi rustici invece, si dice che, solo quando siano state introdotte, sciente il proprietario, si ha sugli *invecta et illata* un diritto di pegno. Perchè questa distinzione? Alcuni ritengono che qui si tratti di un'espressa convenzione, ma nessuno accenno vi è nel passo; altri che qui vi sia una convenzione tacita, *voluntate domini*. Questa è l' opinione più probabile. Quando in qualunque modo si provi che vi sia stata questa convenzione, per volontà del proprietario del fondo, allora si reputeranno vincolate a pegno le cose ivi introdotte. Si tratta in altri termini di una consuetudine, la quale ebbe tanta

efficacia da fare ammettere che in certe condizioni, quando fosse provata molto chiaramente la volontà del proprietario, si potesse decidere in favore di quella convenzione: in linea generale vige il principio affermato nella L. 4.

E questo passo va posto in relazione con un altro, che esaminammo per decidere la quistione se fosse possibile acquistare un diritto di pegno per via di rappresentante (1). In quel passo vi è un'applicazione del principio enunciato in questo del Codice, che ha la sua ragion di essere nella facilità con cui nel diritto romano si riteneva provata la convenzione riguardo agli *invecta et illata* nelle locazioni del fondi rustici.

Tanto nel caso dei fondi urbani, quanto dei rustici il locatore avea un vero e proprio diritto di pegno e non un diritto di ritenzione; nondimeno al colono ed all'inquilino spettava, come già vedemmo, un interdetto speciale, l'*interdictum de migrando*, a scopo di permettere l'asportazione dei mobili o delle altre cose vincolate, quando essi avessero dimostrato o d'aver soddisfatta l'obbligazione oppure che quelle cose non erano tenute a pegno.

§ XXIV.

c) Un'altra specie di pegno legale su cose singole abbiamo nel caso di mutuo per ricostruzione di case. Chi ha fatto mutuo ha diritto di pegno sulla casa, sia sull'area e quello che resta dell'antica, sia sulla casa ricostruita.

L. 1 D. *in quibus causis etc.*: « Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulae, creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino mandante, nummos ministravit. » Dunque il Senatoconsulto, fatto all'epoca di Marco Aurelio, dava un pegno sopra un isolato al creditore, il quale avesse dato danaro a mutuo per la ricostruzione dell'edificio: e questo pegno si riferiva ancora a chi avesse dato

(1) Pag. 210.

una somma a mutuo all'appaltatore, per mandato del proprietario.

Quale la ragione della costituzione? E' una ragione storica da una parte, e fondata sull'equità, anzi sulla giustizia dall'altra. Il senatoconsulto si riferisce ad un'epoca in cui, da un canto si cercava di abbellire la città, ed era l'epoca appunto delle grandi costruzioni, dall'altro incominciava la decadenza delle grandi famiglie romane; e fu appunto per favorire questi primi romani che fu stabilito quel pegno legale, per non costringerli a ricorrere alla costituzione di pegni espressi. Ma vi è una ragione di equità: la casa, così aumentata di valore in seguito alla ricostruzione, non si può dire che sia tutta di colui che ne è proprietario; nè è giusto d'altra parte che di quell'aumento profittino gli altri creditori a danno di chi ha erogato il danaro per la ricostruzione. E ciò è tanto vero che, non solo il diritto romano, ma tutte le legislazioni anteriori alla nostra riconoscono un privilegio immobiliare a favore del mutuante: il codice Albertino, fra queste, obbliga anche all'iscrizione (1).

§ XXV.

d) Un altro pegno legale si trova a favore del pupillo, per garantirlo del pagamento delle somme impiegate dal tutore o da un terzo nell'acquisto di certe cose. Anzi il diritto romano va assai più oltre, in quanto accorda ancora una *rei vindicatio utilis*, con la quale il pupillo può agire per ottenere la consegna della cosa comprata col suo danaro.

Quest'azione, per stretto diritto non potrebbe competere al pupillo, il quale di regola, avrebbe in questo caso l'azione personale, tuttavia si accordano a favore dei pupilli non solo, ma anche dei soldati, l'azione pegnoratizia e quella di proprietà.

L 6 Cod. *de serv. pign. dat. etc.* VII. 8: « Si tutor tuos de

(1) Vi fu chi propose, quando si discuteva su questo punto nel seno della commissione coordinatrice, di concedere un'ipoteca legale a chi avesse dato danaro a mutuo per la ricostruzione di case; ma la proposta fu respinta.

pecunia tua servos emptos manumissit: quoniam huiusmodi servi, sicut caeterae res pupillaribus pecuniis emptae, iure pignoris ex Constitutione Divorum Parentum meorum obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt. »

Il caso è il seguente; il tutore ha comprato degli schiavi col danaro del pupillo, e poscia li ha manomessi; tuttavia appunto perchè gli schiavi, come tutte le altre cose comprate col danaro del pupillo sono subito vincolate a pegno a favore di lui, così quegli schiavi non potranno divenire liberi.

Il pupillo poi per far valere le sue ragioni potrà agire, come abbiamo visto o con l'azione pignoratizia ovvero con la *rei vindicatio utilis*.

e) L'ultimo fra i pegni legali su cose singole è quello a favore del legatario su tutte le cose lasciate dal testatore al gravato del legato: e serve a garantire il credito derivante dal legato. È pegno particolare in quanto d'ordinario si riferisce a cose singole, ma può essere anche generale. Se, per esempio, il gravato del legato è erede, allora oggetto del pegno può essere una universalità di cose.

Questo pegno è degli ultimi tempi del diritto romano, perchè fu introdotto da Giustiniano.

§ XXVI.

B. *a*) In prima linea, fra i pegni su universalità di cose, bisogna porre quello del fisco sui beni del debitore. Il fisco non è protetto in condizioni eccezionali solo nelle legislazioni moderne. Il diritto romano ha dato al riguardo l'esempio della esagerazione della garanzia nei crediti fiscali: infatti il fisco è largamente protetto nella legislazione romana per via di ipoteca su tutto il patrimonio.

Sono escluse della garanzia in questione le obbligazioni stabilite a favore del fisco per titolo penale: il fisco, a tal riguardo, è posto nella stessa linea di tutti i creditori chirografari, anzi, secondo alcuni, posposto anche a questi.

Alcuni scrittori sono di opinione che non è vero che il fi-

sco abbia un dritto di pegno generale sui beni del creditore per tutti i crediti, ma che è limitato questo pegno solo ai crediti derivanti da imposte o da contratti.

Per risolvere la questione bisogna esaminare alcuni passi.

L 1. Cod. *in quib. caus.* VIII. 15: « Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt.

L 2. Certum est eius qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur. » Tutti i beni di coloro i quali sono censiti, sono tenuti per i tributi come a pegno. E' certo che i beni di colui il quale contrae col fisco sono obbligati a titolo di pegno, sebbene questo non sia stato espressamente detto.

Basandosi su queste due leggi, qualche scrittore disse che l'efficacia del privilegio fiscale era limitata ai tributi; ma, vi è un passo del titolo *de iure fisci* il quale ha un' affermazione recisa.

L 46 § 3 D. *de iure fisci* XLIX. 14: « Fiscus semper habet ius pignoris. » Il fisco ha sempre il diritto di pegno. Il principio è qui affermato senza distinzione alcuna fra i crediti derivanti da tributi o da contratti e gli altri. Le due leggi precedenti non fanno che affermare casi speciali, ma non ostano, anzi spiegano questa legge.

L 17 *h. t.*: « In summa sciendum est omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi. » In definitiva è da sapere che l'azione relativa a tutte le pene fiscali è posposta a tutti i crediti.

L 37 *h. t.*: « Quod placuit, fisco non esse poenam potendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat. » Quello che fu ritenuto, non doversi cioè dal fisco richiedere la pena se non dopo che i creditori abbiano ricuperato quanto loro spetta, è da intendere nel senso, che per questa pena non si eserciti il privilegio contro i creditori, non già che il fisco perda il diritto comune dei privati.

Guardando, insomma, al modo di esprimersi della L. 17, si

dovrebbe ritenere il fisco posposto a tutti i creditori: nella L. 37 è corretta la inesattezza di espressione: qui si dice che il diritto del fisco è quello di un creditore comune, il quale non abbia privilegio di sorta, quando concorra con gli altri creditori.

§ XXVII.

b) All'imperatore ed alla imperatrice compete lo stesso privilegio che al fisco.

L. 6 § 1 *h. t.*: « Quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet. « Qualunque privilegio spetta al fisco si suole dare anche a Cesare e ad Augusta.

c) Spetta anche un privilegio generale, secondo una novella di Giustiniano, alla chiesa su tutti i beni degli enfiteuti ecclesiastici, per garanzia del deterioramento che questi arrecassero al fondo.

d) Un altro privilegio generale è quello che spetta ai figli sui beni dei genitori per certi riguardi: anzitutto il padre ha il dritto di amministrare e di raccogliere i frutti dei beni avventizii del figlio, mentre nel *peculium castrense o quasi castrense* il figlio ha la libera disposizione dei suoi beni.

Se si trattava di beni avventizii provenienti dalla madre, si accordava al figlio un'ipoteca generale sui beni del padre, a garanzia della amministrazione e della restituzione dei beni medesimi.

Spetta anche il diritto di pegno ai figli per riguardo alla restituzione di quei lucri dotali, che il padre o la madre abbiano ricavato dal matrimonio, quando per legge questi passino ai figli: per esempio, passaggio di uno dei coniugi a seconde nozze.

e) Si ha l'ipoteca generale dai minori e dai pupilli sui beni dei loro tutori o curatori, per l'amministrazione gerita, ed anche per negligenza nella gestione, quando essi erano stati legalmente nominati.

f) La moglie ha anch' essa ipoteca generale sui beni del marito:

1°) per la restituzione della dote: e, quando la dote debba essere restituita al costituente, l'ipoteca è a favore di costui;

2°) per l'amministrazione dei beni parafernali che il marito abbia assunta durante il matrimonio;

3°) a garanzia del pagamento della *donatio propter nuptias*.

g) Il marito ha ipoteca generale sui beni della moglie pel pagamento della dote, quando essa non sia pagata al momento del matrimonio.

h) Vi è, inoltre, questa ipoteca, sui beni di un coniuge lasciati all'altro con la *conditio viduitatis*.

§ XXVIII.

Così chiudesi la categoria dei pegni legali nel diritto romano.

Dovendo pronunziare un giudizio generale sul sistema seguito da quella legislazione, bisogna dire che questo è assurdo, specie nel diritto giustinianeo.

Molti negano al legislatore il diritto di costituire ipoteche o pegni legali: in qualunque sistema, si trovano sempre gli oppositori. Non si sa vedere, si dice, come il legislatore possa, di suo arbitrio, accordare garanzie che le parti non hanno voluto accordare.

Ma, per motivo di ordine pubblico, il legislatore può intervenire a garantire un creditore: quello che da esso si richiede è che non esageri il concetto della garanzia legale, intervenendo quando le parti possano da sè garentirsi.

Il diritto romano ultimo è stato troppo largo nel concedere questi pegni legali e specie queste garanzie generali che sono la rovina del credito: le ipoteche occulte sono il mezzo per frodare i creditori. Solo in questo secolo, mediante il principio della specialità delle ipoteche, si è riuscito ad ovviare in parte ai grandi inconvenienti dell'antico sistema.

Il diritto romano se ha una parte difettosa nel sistema di

garanzia, è appunto la sopra detta: in Grecia, invece, non mancava una certa forma di pubblicità e di specialità.

Ma, non è a dire, però, che certi sistemi moderni rispondano perfettamente alle loro finalità: specie il nostro sistema lascia molto adito alla frode.

§ XXIX.

III. *Sentenza del giudice*. Può il giudice costituire un diritto di pegno o d'ipoteca? Se noi cerchiamo di determinare questo punto in base all'analogia degli altri diritti reali, ci troviamo di fronte alla questione, se, in prima linea, si possa costituire un pegno per aggiudicazione nei giudizii divisorii.

Il diritto romano riconosceva nell'*arbiter* il potere di stabilire sui beni di uno dei condiventi, dei diritti reali frazionarii per pareggiare le diverse quote. Se si tratti di dividere in due parti un fondo, il giudice ha dritto di costituire su una delle due parti una servitù di passaggio, ove ne sia il caso; e molte volte accadeva che egli attribuisse ad uno dei condividenti il diritto di usufrutto e ad un altro la nuda proprietà.

La quistione sulla possibilità di costituire un dritto di pegno per via di aggiudicazione nei giudizii divisorii, non è risoluta dalle fonti: alcuni negano questa possibilità, affermando che sia inutile ricorrere a questo mezzo, quando il giudice può determinare con precisione le diverse quote. Altri sostengono che, essendo larga la facoltà del giudice, questi possa costituire un diritto di pegno sui beni, cadenti in divisione, di uno dei condividenti e a vantaggio di un altro.

L'ultima opinione è più accettabile: spesso non è possibile stabilire nettamente la quota che spetti ad ognuno: ed allora, perchè il giudice non potrebbe stabilire un dritto di credito a favore di uno dei condividendi, garantendolo con pegno sui beni dell'altro, cadenti in divisione? Può egli lasciare senza garanzia questo credito.

Del resto, siccome le fonti tacciono, non è possibile scendere a particolari, poichè manca la base.

§ XXX.

Il pegno pronunziato per sentenza del magistrato è di due specie: *pignus praetorium* e *pignus in causa iudicati captum.*

1.°) Il *pignus praetorium* è in relazione con le antiche *missiones in possessionem*: scopo di queste era, o porre in essere uno stato di fatto corrispondente ad un diritto, come per esempio, l'immissione in possesso in base ad un testamento; oppure, e sono quelle che c'interessano, garantire i crediti di una o più persone.

Quali siano le diverse figure di queste *missiones*, ci vien detto dalla L. 1 D. *in quib. ex caus.* XLII. 4: « Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia, et ventris nomine; damni enim infecti nomine si non caveatur, non in universorum nomine sit missio, sed rei tantum, de qua damnum metuetur. » In vero tre sono le cause di immissione in possesso, una a titolo di conservazione di una cosa, un'altra per conservazione di legati, ed un' altra nell' interesse del nascituro. Se poi non si dia cauzione per danno tenuto, non si avrà una *missio in possessionem* di carattere universale, ma soltanto relativa alla cosa, dalla quale si teme il danno.

Questo passo, mentre dice che sono tre le cause di immissione in possesso, in realtà ne enumera quattro: il fatto è che il giureconsulto ha presenti le cause di immissione su universalità di cose; la quarta ha per oggetto cose singole.

a) *Missio rei servandae causa*: aveva luogo quando si trattava di porre tutti i creditori nel possesso dei beni del debitore, per preparare il giudizio di vendita di tutti i suoi beni o soddisfare col prezzo i creditori. Era l'atto introduttivo della procedura esecutiva romana, la quale nei primi tempi non conosceva esecuzione su cose singole.

Questo procedimento si verifica, quando il debitore *fraudationis causa latitavit*, o quando egli fa cessione dei beni ai creditori, od infine, quando muore senza eredi. In tali casi il

pretore immetteva i creditori nel possesso di tutti i beni, *rei servandae causa.*

b) *Missio legatorum servandorum gratia.* Quando il legatario non poteva esigere il pagamento del legato, occorreva dargli una garanzia: così, se l'erede si rifiutava di pagarglielo, il pretore lo immetteva nel possesso.

Ma vi è qualche cosa di più speciale: la *missio Antoniniana.* Si accordava se il legatario avesse citato l' erede per il pagamento e fosse rimasto sei mesi senza essere pagato. Altra specialità di questa *missio* è che il legatario aveva diritto di percepire i frutti per soddisfarsi con essi del credito.

L. 5 D. *ut in poss. legat.* XXXVI. 4: « Is, cui legatorum fideive commissorum nomine non cavetur, missus in possessionem numquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem. »

Colui a favore del quale non si dà cauzione a titolo di legato o di fedecommesso, messo in possesso, giammai incomincia ad essere considerato proprietario. La sua condizione giuridica, infatti, non è tale che egli possa essere così considerato. Nemmeno gli si dà il possesso di quelle cose, delle quali egli ha solo la custodia: non ha quindi diritto di espellere l'erede, ma il pretore ordinerà che posseggano insieme, perchè egli riesca alla fine a strappare la cauzione all'erede annoiato di quella detenzione continua.

Questo *missus* adunque non acquista un dritto, ma ha semplicemente la custodia della cosa: data la cauzione, cessa la *missio.* Qui si comincia a vedere che la garanzia del *missus* non sta nel diritto di vendere, ma di custodire finchè non abbia ricevuto un'altra garanzia.

c) *Missio ventris nomine.* Si verifica quando la donna incinta, chiegga di essere messa nel possesso de' beni che spetterebbero al nascituro nella qualità di erede o di legatario: questo è un provvedimento cautelativo. Qui è temperata l'applicazione del principio *nasciturus pro nato habetur quoties de eius*

commodo agatur: questo principio porterebbe all' acquisto di tutt' i diritti: nella specie, invece, si tratta di esercitare una semplice custodia e di avere un diritto di carattere alimentare.

Queste le *missiones* in universalità di cose: invece nella *cautio damni infecti*, la *missio* è sulla cosa dalla quale si teme il danno. L' edificio minaccia rovina, a modo che potrebbe recar danno al fondo vicino: se il proprietario dell'edificio pericolante rifiuta di dar cauzione, il pretore *ex primo decreto* immette in possesso della cosa l'altro proprietario per costringere il primo a dar cauzione; e se questo ancora si rifiuta di dar cauzione, il pretore *ex secundo decreto iubet possidere*: mette l'altro proprietario in condizione di possedere la cosa e gli dà in tal modo un titolo legittimo per l'usucapione.

§ XXXI.

Tutte queste *missiones* si risolvono in quelle garanzie pignoratizie che noi abbiamo visto appartenere all' epoca primitiva, in cui il pegno dava un semplice dritto di detenzione: fuorchè nel primo dei casi esaminati, il quale mette capo *alla venditio bonorum*, negli altri casi il *missus* non ha diritto di vendere.

L. 3 § 23 D. *de acquir. vel amitt. poss.* XLI. 2: « Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur, possidemus, ineptissimum est; nam qui creditorem rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem sed custodiam rerum et observationem concedit; et ideo, quem damni infecti non cavente, vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis, et per longam possessionem capere Praetor causa cognita permittit. » L' avere Quinto Mucio posto fra le varie specie di possesso, il caso in cui si possegga per comando del magistrato a titolo di custodia della cosa, o perchè non si sia data cauzione per danno temuto, è cosa erronea: poichè colui che immette nel possesso il cre-

ditore per la custodia della cosa, o perchè non abbia ricevuto cauzione di danno temuto, o *ventris nomine*, non concede il possesso, ma la custodia e la vigilanza sulla cosa; e però, se noi siamo messi in *possessionem* per non aver ricevuta dal vicino cauzione di danno temuto, e questo avvenga per lungo tempo, il pretore, esaminate le circostanze, ci permette di possedere e di acquistare la proprietà della cosa per via di *longa possessio*.

Qui si traccia la condizione giuridica dei *missi in possessionem*: si dice che questi non posseggono, ma hanno una semplice detenzione della cosa a causa di custodia. Questi *missi*, adunque non sono possessori veri e proprii: ciò dimostra che nel concetto classico, la *missio* non dava proprio un diritto di pegno. Tuttavia noi troviamo qualche passo, nel quale si accenna ad un vero diritto di pegno.

L. 26 § 1 D. *de pign. act.* XIII. 7: « Sciendum est ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constituit nisi ventum fuit in possessionem. » E' da sapere che ogni qualvolta per comando del magistrato si costituisce un pegno, non altrimenti si costituisce se non si venne in possesso.

L. 2 pr. D. *pro herede, etc.* XLI. 5: « Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem eius, qui pro herede usucapit; custodiae enim causa rem tenet. Quid ergo est? etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum eum legatum fuerit aut eo nomine satisdatum. » Colui il quale è immesso nel possesso per la conservazione dei legati, non interrompe il possesso di colui che non usucapisce come erede, poichè tiene la custodia della cosa. Qual'è dunque la condizione giuridica in tal caso? Anche completata l'usucapione, riterrà il diritto di pegno così da non allontanarsi della cosa, prima che il legato non gli sia stato pagato e a questo titolo egli non sia soddisfatto.

Questo è un passo importante, appunto perchè designa la condizione giuridica del *missus in possessionem*. Colui il quale è in possesso come erede, è in via di usucapire la proprietà di certe cose: il possesso accordato al *missus* interrompe l' usu-

capione? No, dice il passo, perchè il *missus* non ha un possesso, ma una mera detenzione.

E questo è vero anche se si tratti di un creditore pignoratizio: se uno costituisce un pegno su cosa altrui, ed è in via di usucapire la cosa medesima, concedendo il pegno ad altri, interromperà la usucapione? Dovrebbe rispondersi di sì, ma il debitore qui possiede *ad unam tantum causam, scilicet ad usucapionem.*

Lo stesso avviene nella ipotesi del passo: il giureconsulto qui dà per ragione che si tratta di detenzione, ma lo stesso avverrebbe se si trattasse di possesso, *talchè compiuta l'usucapione, si continuerà ad avere il diritto di pegno.* Ecco qualificata *ius pignoris* questa *missio*: ma, subito dopo, il giureconsulto aggiunge qualche cosa che corregge la frase antecedente: *ut non prius eius discedat, quam si solutum eum legatum fuerit, aut eo nomine satisdatum.* In sostanza, qualunque sia il nome che si dà, l'effetto è sempre quello di una custodia.

Una riprova è nella riforma di Giustiniano. L. 2 Cod. *de praet. pign.* VII. 21: « Veteris iuris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur. Et quum invenimus, in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adiuvari, sed etiam si ab eo possessione cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu, humanius esse perspeximus, et in praetorio pignore dare recuperationem creditori, quodcumque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito causu. Licet enim debuerat incumbere suo pignoris, ne aliquam patiatur iacturam, tamen, ne quid amarum in creditoribus conseguatur benignus causam interpretamur et ei recuperationem donamus. » Troncando un antico dubbio, abbiamo posto mente al doppio genere d'ipoteche, uno che nasce dalle convenzioni e dai patti degli uomini, un altro che vien dato dal giudice e si chiama pretorio (1). E poichè

(1) Non meravigli qui l'espressione, che si chiami pretorio un pegno dato dal giudice: siamo nel periodo giustinianeo, in cui è tolta ogni distinzione fra *ius e iudicium.*

abbiamo trovato che, nelle ipoteche e nei pegni convenzionali, non solo si soccorre il creditore che possiede il pegno, ma anche se per sua colpa, o non, o per caso fortuito sia privato di quel possesso, così abbiamo creduto essere più umano, anche riguardo al pegno pretorio, soccorrere il creditore, in qualunque modo egli perda il possesso, sia per sua colpa, sia non, sia per caso fortuito.

Nel pegno pretorio si na diritto di essere tutelato per via del possesso della cosa: questo dice che Giustiniano ha trovato uno stato di diritto in cui il *pignus praetorium* non aveva che il carattere superiormente accennato: nel diritto giustinianeo è alla fine trasformato in pegno vero e proprio.

§ XXXII.

2°) *Pignus in causa iudicati captum.* Mirava a dare esecuzione ad una sentenza: nel diritto classico non si conosce l'esecuzione su cose singole; la procedura ordinaria portava all'esecuzione sull'intero patrimonio: si nominava un *magister bonum*, il quale procedeva alla vendita de' beni. Ma, nel diritto imperiale accanto ai procedimenti ordinarii di cognizione e di esecuzione, venne man mano sorgendo il procedimento *extra ordinem*; questo era di origine amministrativa.

In alcune ipotesi, invece di rinviare le parti davanti al magistrato si stabiliva un procedimento speciale, per cui esso magistrato conosceva il fatto ed il diritto, così pure si permise l'esecuzione su cose singole, per soddisfare il creditore con la vendita di esse.

L. 15 § 2 D. *de re iud. etc.* XLII. 1: « In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles, animales pignori capi iubent, mox distrahi, quarum praetium, si suffecerit, bene est, si non suffecerit etiam soli pignori capi iubent, et distrahi: quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt. Sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur; nam a pignoribus soli initium faciendum non est; quod si nec quae soli sunt, sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad iura: exequuntur itaque

rèm indicatam Praesides isto modo. » Nella vendita dei beni pignorati, si deve procedere prima sulle cose mobili, poi sugli animali. Non si può passare alla vendita degli immobili, se prima non si sia infruttuosamente sperimentata quella dei mobili: e, se non bastano gl'immobili, si procede alla vendita dei dritti, che sono nel patrimonio.

§ XXXIII.

Quest' istituto del *pignus in causa iudicati captum*, il quale, come abbiamo visto, non è un istituto di carattere romano, ma un portato del procedimento *extra ordinem*, che venne formandosi nel diritto imperiale, è contemplato in un passo del Codice.

L. 2 Cod. *si in causa iud. etc.* VIII. 23: « Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit venumdari solet, non per eum, qui iudicatum facti postulavit. Et si alio emptore non existente, vel existente quidem sed non dignum pretium offerente, is, cui iudicatus satis non fecit ad licitationem secundum constituta fuerit admissus cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet. » Quando si prende qualche cosa a pegno, a titolo d' esecuzione del giudicato, la cosa viene venduta per mezzo di colui che ha decretato l' apprensione, non per mezzo di chi ha chiesto il giudicato. Vuol dire che questa procedura avea luogo per via del magistrato, non della parte: il magistrato agiva d' ufficio, non nell' interesse pubblico, ma ad istanza del privato.

Suppongasi che la cosa *capta* non appartenga al debitore e che il terzo, che ha comprato dal giudice, venga evitto dal vero compratore; chi è che risponderà dell' evizione, e contro chi il compratore evitto avrà dritto di rivolgersi? La quistione si presenta negli stessi termini nel nostro diritto.

L. 74 § 1 D. *de evict. etc.* XXI. 2: « Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur ex empto contra eum, qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio duntaxat eiusque usuris, habita ratione fructum dabitur: scilicet si hos ei, cui evicit restituere non ha-

beat necesse. » Se un pegno, preso per ordine del giudice a titolo di giudicato, di ufficio sia venduto e poscia evitto, si darà l' azione derivante dalla compra contro colui che col pagamento del prezzo fu liberato, perchè risarcisca il compratore non dei danni, ma del prezzo e degli interessi, scomputando i frutti, quanto cioè il compratore non fosse tenuto a restituire i frutti a chi ha evitto la cosa.

Da questo passo dunque si ricava che il debitore, nel cui interesse è stata fatta la vendita, dovrà rispondere dell'evizione: anche perchè in tutti i casi si agisce per una specie di mandato avuto dal debitore, poichè si presume che il debitore, quando ha dato l' assenso a che si prendesse quella cosa in pegno, sapeva a che punto si sarebbe arrivato, quando egli non avesse adempita l' obbligazione.

Solo bisogna vedere la misura della responsabilità, in quanto egli non dovrà rispondere di tutti i danni, ma solo del prezzo e degl' interessi, e, dei frutti, quando il compratore fosse in mala fede, e dovesse quindi restituirli al vero proprietario.

Acquisto del dritto di pegno già costituito

§ I.

È possibile che un pegno già esistente sia trasferito da una persona in un' altra; e questa trasmissione può aversi o in uno al credito o indipendentemente dal credito stesso.

Nel primo caso, siccome il pegno è un accessorio del credito, passato questo, passerà ancora quello. Ma per diritto romano, non era possibile acquistare un diritto di credito, che spettasse ad altri: una successione diretta nel credito non si aveva che ricorrendo al ripiego del *mandator in rem suam*. Il creditore dava mandato per quel credito ad una persona, la quale agiva in suo favore. Il mandato, il quale di regola è sempre revocabile *ad nutum*, non lo era in questo caso, perchè nell' interesse del mandatario, non del mandante: l'*intentio* quindi era concepita nel nome del vero creditore, la *condemnatio* a nome

del mandatario; e così praticamente si riusciva a trasferire un credito in un' altra persona. Ora, col dare mandato di esigere un credito, il mandatario cessionario, poteva far valere tutte le ragioni inerenti a quel credito, ed anche la garanzia pegnoratizia.

L. 6 Cod. *de oblig. et act.* IV. 10: « Si in solutum nomen debitoris sui debitor tibi dedit tuus, ac te in rem tuam procuratorem fecit, pignora, quae specialiter, vel generaliter habes obligata, persequere. Quod si ab his, quibus fuerant obligata, cum potiores erant, distracta probentur, emptoribus avocari non posse perspicis. » Se il tuo debitore ti ha dato in pagamento un credito suo, e ti ha costituito procuratore nel suo interesse, fa valere quei pegni, che o in modo generale o speciale hai sulla cosa. Perchè se quelli, cui furono vincolati i pegni per un credito anteriore, provassero di averli venduti, non potrai più ripeterli dal compratore.

Quello che importa notare è come con la cessione del credito si trovi qui affermato che passa ancora il pegno. E questo può aver luogo non solo in base ad accordo delle parti, ma anche a disposizione di legge. Un esempio tipico è il *beneficium cedendarum actionum*, in favore del fideiussore che ha pagato: ma vi è anche un altro caso. Se uno possiede in buona fede una cosa data in pegno ad altri, e il creditore agisce con l' azione pignoratizia e pretende di vendere la cosa, il possessore potrà, dopo aver soddisfatto il creditore, farsi cedere i diritti che questi ha contro il debitore. Ed ecco come in forza di questa cessione obbligatoria, chi è possessore legittimo diventa creditore con pegno.

L. 19 D. *qui potiores, etc.* XV. 4: « Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum, et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio, heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit. Quero, an si ei iustus possessor offeret compellendus sit eius nominis cedere? Respondi, posse videri non iniustum postulare. » Una moglie ha costituito in dote a favore del marito un fondo vincolato a pegno, e poi nel testamento istituisce eredi il marito ed

i figli nati da lui. Il creditore, a cui favore era stato costituito il pegno, prima che si costituisse la dote, mentre poteva rivolgersi contro gli eredi, fa valere il suo diritto sul fondo. Si domanda, se il possessore legittimo, offrendo il pagamento, possa costringere il creditore a farsi cedere le sue ragioni di credito; ed il giureconsulto risponde che non è domanda ingiusta. Nel caso in quistione, che è appunto quello proposto superiormente, il credito ed il pegno passano *ope legis:* non occorre l'assenso del creditore.

§ II.

Ed ora veniamo all'altra ipotesi. Si può imaginare un trasferimento del diritto di pegno, indipendentemente dal credito, tenuto conto che il pegno, pel suo carattere accessorio, separato dal credito, che esso garantisce, non ha più esistenza? E' da notare che, nel diritto romano, si guarda all' accessorietà assoluta di fronte a qualunque debito; onde è che troviamo dei casi eccezionali nei quali sembra che il pegno passi senza credito, casi importantissimi, che danno luogo a quistioni sul modo come essi vanno intesi.

1.° Il primo caso è quello della novazione. Suppongasi che un credito, garantito da pegno venga novato oggettivamente o soggettivamente; quali le conseguenze pel pegno? La novazione in diritto romano ha luogo, secondo l'opinione prevalente, quando un determinato contenuto di debito venga trasferito da un' obbligazione in un' altra, *prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque traslatio*: la natura dell' obbligazione è identica; ma la stipulazione, che secondo alcuni scrittori è la sola forma che si adatti alla novazione, dà al contenuto della medesima, *all' idem debitum*, una forma giuridica nuova. Ora, perchè la forma giuridica del credito è mutata, verrà meno la garanzia accessoria?

Vediamo qualche passo nelle fonti. L. 11 § 1 *de pign. act.*: « Novata autem debit obligatio pignus perimit: nisi convenit ut

pignus repetatur. » Dunque solo per via di convenzione, è possibile che il pegno trapassi, quando è novata l'obbligazione.

L. 30 D. *de nov. et deleg.* XLVI. 2 : « Paulus respondit, si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum descenderetur: rursum easdem res a postero debitore sine consensu prioris obligari non posse.» Paolo risponde, se il creditore abbia stipulato da Sempronio, con l'intenzione di novare, che venga estinta del tutto la prima obbligazione, che le stesse cose non si possono obbligare di nuovo dal secondo debitore, senza il consenso del primo.

Come è possibile che il consenso delle parti faccia quello che giuridicamente è impossibile?

La legge dice che si ripete il pegno: vuol dire che il pegno cade sulla stessa cosa, ma non è l'antico.

Non v'è dubbio alcuno che questo nuovo pegno abbia l'istesso grado dell'antico; sarà questione invece di vedere se si tratti dello stesso pegno o di un pegno nuovo, e, all'uopo, bisognerà esaminare i singoli casi. Tuttavia cominciamo subito a notare come in realtà non vi sia passaggio di pegno, indipendentemente dal credito: la L. 30 *de novationibus* ci dice che la nuova convenzione di pegno non ha efficacia nei rapporti col proprietario della cosa, e però, se si vuole che la novazione, malgrado sia estinto il primo credito, faccia passare il pegno, occorre il consenso di colui che solo ha diritto di costituirlo.

2.° Il secondo caso è quello in cui alcuno fornisca al debitore il capitale necessario pel pagamento del credito pignoratizio: in questo caso il terzo subentra nel luogo del creditore, sia che fornisca direttamente il capitale al debitore, sia che ordini immediatamente di pagare al creditore, sia che infine in qualunque modo, con sacrifizio patrimoniale di lui, il creditore venga soddisfatto.

In tutti questi casi, quando la prestazione effettiva del terzo serve a togliere di mezzo il credito pignoratizio, il terzo, che ne abbia fatto riserva, subentra nel posto del creditore.

3° Un altro caso si ha quando alcuno compri la cosa data in pegno, a condizione che il prezzo serva per soddisfare il

creditore; ed in tal caso il terzo acquirente subentra nel luogo di quello.

4.° Ed infine, l'ultimo caso è quello dello *ius offerendi*: il creditore pignoratizio posteriore, che paghi quello anteriore, subentra senz' altro nel luogo di lui, indipendentemente dalla volontà del debitore o dello stesso creditore.

§ III.

Il caso di chi dà danaro al debitore, perchè sia soddisfatto il creditore, è tipico: occorre tuttavia un patto espresso, perchè chi fornisce il danaro subentri nel diritto del creditore.

L. 3 D. *quae res pignori, etc.* XX. 3: « Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata... » Aristone risponde a Nerazio Prisco che, sebbene sia stata fatta una convenzione a questo modo, che il creditore anteriore venga soddisfatto, non altrimenti chi paga succede nel diritto di pegno, che se lo abbia convenuto. Dunque il primo requisito necessario per poter parlare di questa successione ipotecaria è il patto espresso.

E, che vi sia bisogno della volontà delle parti, perchè si accordi quel diritto, è confermato dalla L. 1 Cod. *de his qui in prior. etc.* VIII. 18: « Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditori hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat; ut idem pignus ei obligatur, et in locum eius succedat. Quod cum in persona sua factum non sit, (iudicatum est enim te pignora non accepisse) frustra putas tibi auxilio opus esse Constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis. » Non in ogni caso succedono nel luogo del creditore ipotecario, quelle persone, il danaro delle quali è pervenuto al creditore, perchè questa successione ha luogo, quando, chi fornisce il danaro, abbia convenuto che lo stesso pegno sia obbligato verso di lui.

In questo passo è detto in modo esplicito che la somministrazione del capitale per il soddisfacimento del credito e l'im-

piego effettivo dello stesso, non porta alla conseguenza della surrogazione.

Tornando al passo del Digesto, continua il giureconsulto: «... neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore, quo casu emptoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum imposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere: videamus, an dici possit, hoc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo: saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.» Poichè non deve succedere nel diritto del primo creditore colui che nulla ha convenuto, la condizione del compratore sarà migliore. E quindi, se il primo creditore ha pattuito che potesse vendere il pegno, ed il creditore posteriore lo ha omesso, non per dimenticanza, ma perchè tal'era il suo interesse, vediamo se si può dire che il diritto del creditore anteriore passi nel secondo, a modo che questi possa vendere il pegno. E questo deve ritenersi, perchè quello che non si ha per proprio diritto, si può domandare per mezzo d'altri.

Il caso, dunque, contemplato in questa seconda parte del passo, è quello di un creditore posteriore che eserciti lo *ius offerendi* di fronte al creditore anteriore: egli subentra per tal modo nella condizione giuridica del primo creditore; ma succederà nel grado soltanto oppure anche nelle altre qualità? Poniamo che il creditore abbia fatto un patto *de pignore distrahendo* (perchè nei primi tempi il pegno non dava che diritto di detenere la cosa, e quello di venderla si poteva ottenere solo per via di patto espresso): il secondo creditore, che subentra nei diritti di lui, anche quando non lo abbia pattuito, avrà il diritto di vendere il pegno egualmente, perchè succede in tutte le qualità del creditore anteriore.

L. 12 § 9 D. *qui potiores etc.*: «Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus lib. XI.

Responsorum scripsit. Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet nisi ut solvat priori, et loco eius succedat. » Se il terzo creditore ha permesso che fossero vendute le cose dategli in pegno, perchè, pagato il danaro al primo creditore, potesse entrare in un altro pegno che quello aveva; Papiniano risponde che questa successione può aver luogo. Qui vi è un caso tutto diverso da quelli finora contemplati: un creditore, che, trovandosi di fronte a due altri creditori, consente che il debitore venda il pegno, per soddisfare il primo, fa un sacrificio pecuniario; egli, si noti, pattuisce che la vendita debba esser compensata con la successione nell'altro pegno che ha il creditore che è stato soddisfatto, *permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat.* Torniamo, quindi, allo stesso caso di prima; ed anche qui occorre che espressamente sia pattuito il nuovo pegno.

Finora abbiamo esaminato tre forme: dazione a mutuo, delegazione di pagamento, rinunzia ad un diritto di pegno, per soddisfare un creditore anteriore.

L. 3 § 1 D. *de distrac. pign.* XX. 5: « Si tamen debitor, non interveniente creditore, pignus vendiderit, eiusque pretium priori creditori solverit, emptori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis eius pervenit, et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget. » Se il debitore, senza l'intervento del creditore, abbia venduto il pegno e ne abbia pagato il prezzo al primo creditore, potrà offrirsi al compratore ciò che è pervenuto del danaro all'altro creditore, e le usure; giacchè non importa se il debitore abbia venduto il pegno ovvero di nuovo abbia vincolato la cosa. Quale la condizione giuridica del compratore? Egli, nel caso in questione, si trova nella condizione di dover pagare ovvero di smettere la cosa. Ma, il debitore, vendendo la cosa, ha pagato il creditore, e però il secondo creditore, offrendo al compratore capitale ed interessi, potrà prendere il pegno del primo. Dunque il secondo creditore avrà lo *ius offerendi* non solo verso il primo creditore, ma verso qualunque persona ne abbia preso il posto.

L. 17 D. *qui potiores, etc.*: « Eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit. » Colui, che ha comprato dal suo debitore un predio vincolato, dev' esser tutelato sino a quanto del danaro sborsato è pervenuto al primo creditore. Un secondo creditore, quindi, il quale abbia acquistato il pegno dal debitore, viene surrogato nelle ragioni del primo creditore, nei limiti di quanto fu effettivamente pagato.

L. 12 § 6 *h. t.*: « Sciendum est, secundo creditori eum teneri etiam invito debitore, tam in suum debitum, quam in primi creditoris, et in usuras suas, et quas primo creditori solvit. Sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usus non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. » È da sapere che la cosa è vincolata, anche contro la volontà del debitore, al secondo creditore, tanto per il debito che ha verso costui, quanto verso il creditore anteriore ed anche per le usure; tuttavia egli non riceverà gl' interessi degli interessi, perchè non gerì un affare altrui, ma piuttosto un affare proprio.

Qui si afferma il diritto del creditore posteriore, che è indipendente dalla volontà del debitore o del creditore, in quanto egli, offrendo capitale ed interessi, può togliere di mezzo il creditore anteriore e subentrare nel suo posto.

Ora, perchè qui non dovrebbe richiedersi il patto espresso?

Deve trovarsi la ragione nell'indole del contratto stesso di pegno, il quale è un contratto di buona fede, e si andrebbe contro la buona fede, se il creditore posteriore, il quale ha ricevuto un diritto reale sulla cosa, non potesse subentrare nei diritti del creditore anteriore.

§ IV.

Può avere il creditore anteriore un *ius offerendi* verso il creditore posteriore? In certi casi potrebbe avervi interesse, quando non potesse ricavare dal pegno quello che è necessario

per soddisfarsi; nondimeno l'affermativa è insostenibile, in quanto che solo al creditore posteriore si dà questo diritto.

Quando il creditore pignoratizio anteriore si rifiuti di accettare il danaro, si ha l'offerta reale ed il deposito.

L. 1. Cod. *qui potiores etc.* VIII. 17: « Qui pignus secundo loco acceperit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit; aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit, et deposuit, nec in usus suos convertit. » Chi ha ricevuto un pegno in secondo grado, può confermare il suo diritto, se abbia pagato il danaro dovuto al primo creditore, oppure, quando questi non avesse voluto accettare, se lo abbia suggellato e depositato.

Ha diritto di fare l'offerta reale il creditore chirografario?

L. 1 Cod. *etiam ob chirog. etc.* VIII. 26: « Pignus intercedit, si novatione facta in alium ius obligatione transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. Quodsi pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actioni expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae sine pignore debetur eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentis audiri non oportere, nisi pro illa etiam, etiam satisfecerint, quam mutam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet; nec enim necessitas ei imponitur chirografarium etiam debitum priori creditori offerre. »

La questione è la seguente: il creditore, allora si può dire obbligato a cedere la sua porzione, quando gli si offra capitale ed interessi. Ma, il creditore che si trova al possesso di un pegno, ha diritto di ritenerlo anche per i crediti chirografarii, che ha verso il debitore. Ora si domanda: il secondo creditore, che vuol subentrare nelle ragioni del primo, dovrà offrire anche le somme dovute dal debitore per i crediti chirografarii, e quindi

non garentite da pegno? Il giureconsulto dice dice di no; prevale il diritto al secondo creditore. Perchè si abbia il subingresso occorre che il creditore che vuole suibingredire dia al debitore il danaro perchè sia pagato il primo creditore; ed allora rientriamo in quei casi, sopra esaminati.

§ IV.

Se sia stato effettuato un pagamento parziale, il creditore anteriore sarà tolto di mezzo per il tutto? Di regola non può ammettersi; ma, supponiamo, che il creditore abbia accettato: l'ipoteca sarà tolta per parte? No, perchè l'ipoteca è indivisibile. Questo di fronte al creditore primitivo; di fronte a quello che vien dopo il creditore che ha pagato, occupa il posto del primo solo per la porzione di cui è stato liberato; ma, per la parte che è stata pagata è sempre preferito il primo creditore a colui che paga, malgrado l'opinione contraria di qualche scrittore, secondo cui queste persone, concorrebbero, occupando un sol grado.

Il *ius offerendi* vien meno nel caso in cui il creditore posteriore abbia lasciato il primo nel possesso del pegno, per quaranta anni, durante la vita del debitore e per trenta, se il debitore sia morto.

Quattro sono i casi nei quali il terzo acquista il possesso del creditore pignoratizio; spiegandoli noi dobbiamo cercare di ricondurli sotto un concetto unico. Noi ne abbiamo trattato, proprio a proposito del passaggio del pegno senza il diritto di credito: ed a proposito del terzo caso accennammo che questo è molto disputato fra gli scrittori.

Vi sono infatti molte opinioni al riguardo: l'opinione antica crede di poter tutto spiegare dicendo che qui vi è passaggio del pegno perchè passa il credito; il pegno, dicono i sostenitori di questa teoria, in tanto passa, in quanto il credito relativo ad esso è trasferito.

Questa opinione è insostenibile per varie ragioni: infatti, fu già notato che il diritto romano non ammette una vera suc-

cessione nel credito, ma questo trapasso del credito si ha praticamente solo col ripiego del *mandatum actionis*. Inoltre, troviamo che nelle nostre fonti si richiede un patto apposito per far passare il diritto di pegno a vantaggio del successore; questo patto nelle fonti è sempre riferito al pegno, non al credito. Ancora, chi succede nel pegno del primo creditore, non ha diritto di esser collocato per quanto era dovuto al primo, ma solo nei limiti del sacrificio patrimoniale che ha fatto. Se in questo terzo passasse il credito, la limitazione non s' intenderebbe.

In sostanza , da qualunque parte si guardi questa opinione antica, si manifesta contraria al responso delle fonti.

La seconda opinione è questa: non passa il diritto di credito, ma solo il pegno: si osserva subito da alcuni contro di questa che il pegno ha un carattere accessorio e che non può esistere senza un credito principale.

Dicono infatti gli oppositori della teoria, non si può assolutamente ammettere che in tutti questi casi passi il pegno per sè solo; d' altro canto, osserva il Dernburg, tutte le fonti, quando parlano di questa successione ipotecaria non dicono che un consenso occorra perchè la successione del pegno abbia luogo, ma che occorra il consenso del proprietario della cosa e delle parti, perchè un nuovo pegno sorga: allora non è il pegno antico che è passato. Quindi, l'opinione del Dernburg è questa che si trasferisce il grado del pegno antico , ma sorge un pegno nuovo a favore del terzo con lo stesso grado del primo diritto di pegno.

Però, prima di passare a difendere la seconda opinione, bisogna dire che l' opinione del Dernburg è insostenibile: se la prima opinione non poteva sussistere, perchè una volta pagato il creditore , il credito non poteva più esistere , quest' ultima opinione non potrà neppur essa reggere , perchè una volta estinto il diritto di pegno cessa il grado che è una generalità del pegno medesimo.

Il vero è che le argomentazioni contro la seconda opinione non hanno efficacia ; si dice che il pegno è un accessorio e non può esistere senza un credito principale, ma, l'accessorietà

può essere intesa in modi diversi: o il pegno è accessorio nel senso che su di esso grava un *determinato credito*, o nel senso che non può sussistere *senza un credito*. Quale dei due concetti era ammesso dai Romani? Certo, il primo è più rispondente all' epoca primitiva, ma non alle posteriori. In generale, quando il pegno serve per una garanzia, esso può avere esistenza: che garantisca questo o quell' altro obbligo è cosa che ha un' importanza solo formale, non sostanziale: un concetto che sia figlio di una logica rigorosa, ma non rispondente ai bisogni pratici, non può essere dei Romani. Di fronte ad un passo delle fonti il quale dice espressamente che passa il *ius pignoris*, non si può mettere in dubbio che passi il pegno, non il grado solo. Nè è proprio vero che le fonti dicano essere necessario l'assenso, perchè sorga un pegno nuovo: esse dicono necessario l' assenso, ma non dicono che sia venuto meno un pegno antico e che ne sorga uno nuovo.

Il consenso è necessario perchè quel pegno passi a far parte dell' obbligo nuovo, perchè si comprende che estinto l' obbligo vien meno il pegno, se non intervenga il consenso delle parti.

E gli stessi passi lo confermano; il primo relativo alla novazione, dice che, novato il primo debito, il pegno è perento, *solo che le parti non lo abbiano ripetuto*. Dunque, se la regola generale dice che il pegno vien meno, e questa è un'eccezione, vuol dire che il pegno perdura assolutamente.

Ma, si obbietta: in questo caso il diritto di pegno quale credito segue? Questo terzo di fronte a chi ha il credito?

Vi è il credito, perchè chi ha pagato il creditore primitivo, ha eseguito l'affare altrui o per mandato o per gestione di affari: quindi il credito garantito dal pegno vi è sempre.

Conchiudendo, malgrado qualche espressione delle fonti, che può lasciar luogo a dubbii, la opinione che più soddisfa è questa, che ha fra i sostenitori anche il Windscheid: si succede non solo nel grado, ma anche in tutte le altre qualità del pegno.

Obbietto del diritto di pegno

§ I.

Il pegno serve a soddisfare un credito: quando, venuta la scadenza, il creditore non è soddisfatto, ha il diritto di ottenere il soddisfacimento con il prezzo ricavato della vendita dalla cosa. Essendo questo lo scopo del pegno, occorre determinare la cerchia di quelle cose che possono formarne oggetto.

L. 9 § 1 D. *de pign. et hypoth*: « Quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem potest recipere ». Le cose che possono essere vendute, possono anche essere date a pegno.

È questo un principio vero in tutta la sua estensione? La legge ci dice molto di vero, ma non tutto: si può, infatti, costituire in pegno una somma di danaro. Perchè una cosa possa formare oggetto di pegno occorre che: *a*) sia in commercio; *b*) abbia un valore patrimoniale; *c*) possa servire al soddisfacimento di un debito; *d*) un particolare disposto di legge non abbia vietato la costituzione del pegno.

§ II.

1. *Pegno su cose corporali.* *a*) Si può costituire in pegno una somma di danaro L. 34 § 2, *h. t.*: « Creditor pignore accepit a debitore quidquid in bonis habet habiturusve esset: quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis eius facta sint, obligata creditori pignoris esse coeperint: respondit coepisse ». Il creditore ebbe in pegno dal debitore qualunque cosa fosse o venisse ad entrare nel suo patrimonio: fu domandato, se le monete che il debitore prese a mutuo da un altro, entrando in quel patrimonio, fossero obbligate a pegno al creditore: e fu risposto di si.

Qui si tratta di un pegno generale: la convenzione pignoratizia porta alla conseguenza che formano oggetto del pegno-

le cose che sono *in bonis* del debitore ed anche quelle che vi saranno: il debitore toglie a mutuo danari: formeranno questi oggetto del diritto di pegno? Il giureconsulto dice di sì: la conseguenza è questa, che se le cose usciranno dal patrimonio, potranno essere perseguitate dal creditore pignoratizio. Ma, ci troviamo di fronte ad una disposizione molto logica?

L. 7 § 1 D *qui pot. in pign.* XX 4.: « Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pignoratis empta, non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat ». Se io avrò obbligato a pegno a tuo favore qualunque cosa verrò ad acquistare, ed avrò specialmente obbligato a pegno a favore di Tizio un fondo, nel caso che sarà mio e tosto che sarà mio, Marcello reputa che l'uno e l'altro creditore concorrano riguardo al pegno, poichè non è molto rilevante che il debitore abbia pagato la cosa con denari proprii, e che, essendo stata comprata con denari soggetto a pegno, fosse pur essa soggetta a pegno.

Il caso è questo: vi è un pegno generale a favore di *Primus* per tutte le cose che saranno nel patrimonio di *Tizio:* ve n'è uno speciale a favore di *Secundus* per il caso che un determinato fondo entri nel patrimonio di Tizio. Il giureconsulto dice che i due creditori sono nello stesso grado. La osservazione in contrario che si potrebbe fare, egli dice, è questa: se *Primus* ha un'ipoteca generale, vuol dire che avrà un'ipoteca anche sul danaro col quale Tizio ha acquistato il fondo, e quindi la cosa comprata con quel danaro pignorato dovrà essere soggetta a pegno.

Ma egli nega la verità di questo principio.

Nel primo dei passi esaminati si dice, adunque, che il pegno generale comprende anche il danaro: nel secondo si ritiene che la cosa comprata con danaro il quale si trova in un patrimonio soggetto al dritto di pegno non sia anch'essa soggetta a pegno.

Ma, in tutti i modi, da questi due passi si ricava che, quando si tratta di pegno generale è compreso in esso anche il danaro.

Un altro passo è la L. 7 D. *de stip. praet.* XLVII,[illegible]: l'abbiamo esaminato a proposito dell'opinione di coloro i quali volevano sostenere che il diritto romano preferiva le garanzie personali alle reali: in esso si dice che le *satisdationes* non possono essere sostituite da deposito o da pegno di danaro o di oro o di argento.

§ III.

Come rendersi ragione di questo pegno su danaro? Quali sono i suoi effetti pratici?

Supponiamo che si tratti di pegno manuale di danaro: quale sarà il diritto del creditore su questi danari in caso di non soddisfacimento?

Se io ricevo cento a titolo di pegno, questi passeranno in mia proprietà: non è il *corpus pecuniae* che garantisce l'obbligazione, ma il valore.

L' usufrutto del danaro rende l' usufruttuario proprietario: egli non è obbligato che a restituire il *tantundem:* così nel *deposito*. Sia nell'ipotesi del *pegno* su danaro, sia in quella di *usufrutto* e di *deposito* di danaro, noi ci troviamo di fronte a figure irregolari per cui i titolari di questi diritti acquistano la proprietà del danaro, ma sono obbligati alla restituzione dell' equivalente, quando il creditore sia stato soddisfatto o quando sia cessato il diritto dell'usufruttuatario o del depositario.

§ IV.

Occorre studiare le diverse forme di questo pegno su danaro: può il pegno cadere sopra i *corpora pecuniae* e allora esso non differisce per nulla dalle altre figure di pegno: grava direttamente sulla cosa e la segue. Ma la moneta non può essere posta nello stesso livello degli altri oggetti di pegno: chi la riceve ha

diritto che essa sia libera da qualunque peso, poichè essa è essenzialmente oggetto di scambio.

D'altro canto, anche un'altra ragione rende impossibile il diritto di seguito sulle monete: esse non sono per se stesse riconoscibili: quindi, se su di esse grava un pegno ed il debitore le mette in circolazione, non può dirsi che i terzi le ricevano con un diritto di pegno gravante su di esse; e nemmeno si ritiene vincolato a pegno l'oggetto acquistato con quel danaro. Perchè il pegno possa cadere direttamente sui *corpora pecuniae*, bisogna che ne sia accertata la individualità, e questo non è possibile, salvo quando esse non siano racchiuse, per esempio, in un sacco e suggellate.

Piuttosto, si verifica il pegno di somme di danaro: allora oggetto del diritto di pegno è un valore; nel patrimonio del debitore deve restare quel valore determinato.

Sul concetto vero di questo pegno di danaro vi è disputa fra gli scrittori: il tema non è di quelli che hanno solo importanza teorica, ma anche importanza pratica gravissima. Certo, ci troviamo di fronte ad una figura irregolare: come si ha un deposito regolare di fronte ad un deposito irregolare, un usufrutto regolare di fronte ad un usufrutto irregolare o quasi-usufrutto, così si ha pure un pegno irregolare cadente su cose fungibili di fronte alla figura del pegno regolare. Come spiegare questo pegno su valori?

Le opinioni sono svariate: alcuni hanno voluto caratterizzarlo come un pegno di credito, un *pignus nominis:* il creditore ha ricevuto cento in pegno dal debitore, e deve a costui i cento in caso di soddisfacimento del debito: la conseguenza sarebbe questa che il credito potrebbe imputarsi al debito principale in caso di non soddisfacimento.

Altri dicono: l'oggetto del pegno non è il credito, ma il valore che il creditore deve restituire al debitore in caso di soddisfacimento del debito. Ma, si può avere un diritto reale su di un valore? Diritto reale non vi può essere se non vi è una cosa individualmente determinata: quindi questa opinione è inammissibile.

Altri ritengono che qui si tratti di un *pactum de compensando:* si stabilisce che nel caso di non pagamento, questo danaro si compensi con il debito. Ma qui non vi è nulla che accenni ad un patto di questo genere: e poi, la compensazione è solo possibile quando vi siano due crediti liquidi ed esigibili.

La questione si è presentata nella pratica e fu decisa dalla corte di Cassazione di Roma, la quale adottò una teoria che è pure sostenuta dal Windscheid. Vi è un passo di Pomponio (L. 16 D *de solut. et liberat.* XLVI, 3) il quale può darci un punto di appoggio per la soluzione della quistione.

« Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur iam alius liberatus. Et hoc etiamsi soluto re fiat, accidere Aristo dicebat; scripsit enim, si quis, sub conditione pecuniam promisit, dedit eam ea conditione, ut, si conditio extitisset, in solutum cederet, existente conditione liberari eum, nec obstare, quod ante eius pecunia facta est ».

Tizio, ad esempio, si obbliga a pagare cento a Mevio *si navis ex Asia venerit:* l'obbligazione non sorge se la condizione non si è verificata; tuttavia Tizio consegna i danari prima che la condizione si verifichi con obbligo da parte di Mevio di restituirli se la condizione non si verifichi: verificata la condizione, questi danari serviranno per pagare il debito, quindi, essi sono considerati come il pegno di quella obbligazione.

Questo è da dire anche pel caso nostro: la prestazione effettuata tiene luogo di pagamento quando il debitore non soddisfaccia il creditore. Qui il pericolo passa nel creditore: si tratta di garanzia data sul valore della cosa: venuto il momento del pagamento, se il debitore non è soddisfatto si ha un pagamento vero e proprio.

Alla corte di Cassazione di Roma si presentò questa ipotesi: un tale in Roma tolse in affitto un appartamento: secondo la consuetudine di quella città, per garanzia del pagamento si anticipa una porzione del fitto. Quegli aveva anticipati tre mesi, ma dopo, essendo fallito, non pagò: contemporaneamente fallì il locatore. Si domandava: il conduttore ha diritto di imputare il danaro anticipato nel credito che vanta il locatore verso di lui?

Il curatore del fallimento del locatore affermava che il conduttore dovesse pagare il fitto intero, e per la cauzione prestata concorrere insieme agli altri creditori.

Ma, la corte di Cassazione ritenne il contrario: essa disse che vi era nella specie un pagamento da effettuarsi mediante una somma di danaro: una volta accertato che non era stato dato altro danaro, bisognava considerare che si fosse pagata la pigione in concorrenza del pegno anticipato (1).

Ora noi ci troviamo di fronte ad un vero e proprio pagamento: ecco come si spiega questo pegno di danaro, o cauzione a contanti.

§ V.

b) Continuando nell'esame di quelle cose che possono essere oggetto del diritto di pegno, si presenta la quistione se possa essere oggetto del pegno una quota di proprietà. La quistione dev'essere posta in questi termini: il proprietario unico di un fondo può costituire un pegno sulla metà del fondo stesso?

Incominciamo dal guardare in genere al pegno di quote di dominio, costituito da colui che è semplice comproprietario.

L. 1 Cod. *si comm. res*, etc. VIII. 20. « Si frater tuus, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditori quaesivit... » Se tuo fratello, siccome non poteva contro la volontà tua obbligare una porzione spettante a tutti due, dando la sua porzione costituisce un'obbligazione a favore del creditore, tu comprendi, che il suo contratto non può fare alcun danno al dominio comune.

Si tratta qui di due fratelli comproprietarii: uno dei due

---

(1) Un caso simile si ebbe nel fallimento del credito fondiario in Italia: siccome in quella società era stabilito che il debitore poteva liberarsi presentando tante cartelle dell'istituto stesso al valor nominale, così, venuto il fallimento, i debitori fecero incetta di queste cartelle e le offrirono in soddisfazione del debito loro. Sorta la quistione, si ritenne che il debitore aveva il diritto di farlo anche essendovi il fallimento.

dà a pegno la quota sua: qual'è la conseguenza di questo vincolo? Il creditore pignoratizio, dopo la divisione avrà un diritto sulla quota soltanto o su tutta la cosa come esisteva per lo innanzi? Effettuata la divisione, il creditore avrà un diritto di pegno per quella parte, ma su tutta la cosa.

L. 7 § 4 D. *quib. mod. pign. etc.* XX, 6.: « Illud tenendum est, si quis communis rei in partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae si obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata. » Bisogna ritenere che se alcuno abbia dato in ipoteca una parte *pro indiviso* della cosa comune, effettuatà la divisione col socio, non sarà obbligata al creditore quella parte che toccò a colui il quale ha costituito il pegno, ma la parte di ciascuno resterà obbligata per una metà, *pro indiviso.*

Da che deriva questa conseguenza che il creditore, costituendo il pegno su di una quota della proprietà indivisa lo ritiene su tutta la cosa e per quella parte, anche quando la proprietà è stata divisa?

L. 31 D. *de usu et usufr.* XXXIII, 2: « Is, qui fundum tecum communem habebat, usufructum fundi uxori legaverat, post mortem eius, tecum heres arbitrium communi dividundo petierat: Blaesus ait, Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi obtigerit usufructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius quod heredi obtigisset, totius usumfructum eam habituram. Ego hoc falsum puto, nam quod ante arbitrium communi dividundo coniunctus pro indiviso, ex parte dimidia totius fundi usufructus mulieri fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare; quod et receptum est. » Colui che aveva un fondo comune con te, ne aveva legato l'usufrutto alla moglie: dopo la morte del testatore, l'erede propose l'*actio communi dividundo.* Bleso dice che Trevatio abbia risposto: se l'arbitro ha diviso il fondo in porzioni determinate, non spetterà alla moglie l'usufrutto di quella parte che a te sarà tenuta, ma la moglie avrà l'usufrutto di quella parte che tocca all'erede. Io reputo

falso questo: infatti, poichè prima della nomina dell'arbitro, l'usufrutto della moglie si riferisce a tutto il fondo *pro indiviso* e per una metà, non può l' arbitro, giudicando, mutare il diritto dei terzi: e questo è pacifico.

Il *iudictum communi dividundo è res inter alios acta* per colui che ha un diritto reale sulla quota: egli è terzo e potrà sperimentare il suo diritto su tutta la cosa, perchè questo diritto investe tutta la cosa per la metà. Diversamente si dirà, se il creditore intervenuto in giudizio assenta a che il suo diritto sia limitato a quella porzione.

Ma, noi ci proponevamo di vedere se il proprietario possa egli stesso vincolare a pegno solo una quota del suo fondo. Le fonti non risolvono direttamente la questione: tuttavia abbiamo un passo che può darci qualche criterio per risolverla.

L. 8 § 3 D *quib. mod. pign. etc.* XX. 6.: « Si convenerit ne pars dimidia pro indiviso pignori sit, quaecumque fundi eius pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petetur. »

Il caso ha relazione con la nostra quistione; si costituisce il pegno: posteriormente il creditore pignoratizio, rimette metà del diritto di pegno. Se è lecito costituire il pegno e poi ridurlo a metà, perchè non sarà lecito costituirlo *ab initio* a metà?

§ VI.

c) Possono formare oggetto di pegno, non solo le cose singole, ma anche dei complessi di cose: questi complessi possono essere di natura diversa. Di solito sono distinte fra *universitates facti* e *universitates iuris*. Questa terminologia, veramente, è erronea: migliore sarebbe quella di *universitates rerum* e *universitates iurium*. Le *universitates rerum* sono quella riunione di cose corporali considerate dalla legge come una cosa sola per certi riguardi (*un gregge*, *una biblioteca*). Sono *universitates iurium* quelle che concorrono a costituire un'unità giuridica, (*il peculio*, *la dote*, *l'azienda commerciale*): sono un complesso di rapporti giuridici unificati da uno scopo determinato.

Noi dobbiamo occuparci per ora delle *universitates rerum*, perchè parliamo del pegno sulle cose corporali. La quistione che si presenta è questa: sul gregge, ad esempio, vi è un solo diritto di proprietà o di usufrutto o di pegno, o vi sono tanti diritti distinti, quanti sono i capi? La questione è grave, perchè abbraccia in genere la possibilità di costituire rapporti giuridici su queste cose.

Ma noi dobbiamo limitare la quistione al solo pegno.

L. 13 pr. D. *de pign. et hypoth.*: « Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur; sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. » Abbiamo un pegno che grava sul gregge, e si dice che esso non comprende solo i capi esistenti attualmente, ma tutti quelli che si verranno ad aggiungere.

In questo passo vi è la prova che il diritto romano ammetteva il pegno su gregge, indipendentemente dalle singole cose. Ma, alcuni obbiettano: qui non si dice se non che tutti i capi aggiunti sono vincolati a pegno e non che vi sia un pegno sulla *universitas*.

Nella L. 13 non si ha un fondamento sicuro per la risoluzione della questione; ha maggiore importanza, invece, un passo relativo al caso di una *taberna*, cioè di un negozio di merci, la L. 34 *h. t.*: « Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? Et si eas merces per tempora distraxerint, et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, ad omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. » Avendo il debitore dato a pegno al creditore un negozio, si è disputato se ciò facendo egli abbia fatto un negozio nullo, ovvero se col nome di negozio devono ritenersi obbligate le merci, ivi contenute: quando abbia successivamente alienate quelle merci, e, procacciatene delle altre, le abbia introdotte nel negozio, e poi sia morto, o tutte

le cose che vi si trovano il creditore possa chiedere con l' azione ipotecaria. E si risponde: sembra che siano obbligate a pegno quelle cose che si trovavano al tempo della morte del debitore. Al giureconsulto Scevola, dunque, si domanda che cosa si deve intendere per *taberna*: si dovrà ritenere che il pegno non è costituito in quanto l' oggetto viene mancare, o sotto il nome di taberna si devono ritenere vincolate le merci, ivi introdotte, e, poichè il debitore è morto, si dovranno ritenere vincolate le merci che si trovavano al momento della morte o al momento dell' atto costitutivo? Il giureconsulto risponde che bisogna tener conto del momento in cui il creditore fa valere l'azione.

Di fronte a questo passo bisognerà dire che le fonti romane riconoscono, nel pegno di una *taberna*, vincolata la *taberna*, come cosa a sè, ovvero le merci?

Gli scrittori ritengono che la seconda soluzione risponda più alle fonti. Infatti, essi dicono, qui si tratta d' interpretare la volontà delle parti: queste hanno inteso obbligare le cose esistenti al momento della convenzione, le quali sono merci, destinate alla circolazione, e però la loro intenzione non è che di dare a pegno il negozio così come si trova al momento dello sperimento dell'azione. Si capisce benissimo che, data una costituzione di tal genere, incomba al debitore il dovere di amministrare il negozio, in modo da non deteriorare la condizione giuridica del creditore: egli non può vendere le merci senza sostituirle ad altre: è tenuto insomma a sfruttare il negozio da buon padre di famiglia.

Di fronte al giureconsulto non vi è questa o quella merce, ma il negozio, come ente, il quale, nel suo complesso, deve servire di garanzia al creditore. E, se egli parla delle merci che si trovano al momento dell'azione ipotecaria, non vuol dire che il pegno si riferisce a queste, ma che il creditore, quando sperimenta l'azione, deve trovarsi dinanzi a cose concrete. Se il pegno cadesse sulle singole merci, si verrebbe ad impedire l'alienazione; invece, partendo dal concetto suesposto, che è quello del giureconsulto, ci possiamo spiegare tutte le conseguenze.

Del resto una prova che nel concetto delle fonti non sia strano un diritto reale sulla *universitas*, è nella *vindicatio gregis*, che troviamo nel sistema delle *legis actiones* e che prescinde dai singoli capi del gregge, in quanto se ne afferma la proprietà, dimostrando che la metà dei capi appartiene a colui che agisce.

Non solo, ma anche a proposito dell' usufrutto troviamo ammessa la possibilità di costituire sul gregge un vero diritto reale.

§ VII.

Le nostre fonti dunque ammettono un pegno su queste *universitates rerum*; solo bisognerà distinguerne due specie: alcune, e sono quelle, di cui ci siamo occupati, sono soggette ad una trasformazione degli oggetti di cui constano, i quali possono scomparire ed essere sostituite; altre, invece, non sono soggette a questo mutamento, in modo che la *universitas* consta della somma di quelli oggetti, i quali possono aumentare, ma non possono essere tolti dal debitore (collezione di quadri, di monete antiche, biblioteca, etc.). In quest'ultimo caso, il pegno non grava soltanto sull'*universitas*, come cosa per sè stante, ma anche sui singoli oggetti. La diversità s'intende paragonando il pegno di una biblioteca con quello di un negozio di libri: questi vengono alienati e sostituiti, quelli della biblioteca invece possono aumentare, ma non si possono togliere (1).

§ VIII.

d) Possono formare oggetto di pegno non solo le cose presenti, ma ancora le cose future. Rispetto a queste ultime bisogna

---

(1) La quistione fu oggetto di una disputa giudiziaria innanzi alla Corte di Cassazione di Roma. L'opinione contraria a quella del Supremo Collegio è sostenuta dallo Scialoia, in una nota alla decisione, e dal Ferrini nelle note al Glück.

distinguere: o si tratta di pegno su cose future, come tali per l'epoca in cui cominciarono a sussistere, ed allora il pegno è valido: o, invece, si danno in pegno quelle cose, come se esistessero, ed allora il pegno è nullo ed il creditore ha diritto al risarcimento dei danni.

Del pegno su cose future si occupa la L. 15 pr. D. *de pign. et hypoth.* « Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum: et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu, aut de his quae nascuntur, sive is, qui usumfructum habet, sicuti Iulianus scribit. » Prima di tutto si afferma la possibilità di dare in pegno le cose future e, come esempii si danno i frutti pendenti, i quali sono futuri, perchè in tanto si acquistano in quanto sono separati, il parto dell'ancella, i feti del bestiame. Quali le conseguenze, quale l'estensione del pegno? Il pegno non investe solo le cose, considerate per sè, ma investe e vincola tutto quanto si congiunge con la cosa. Alcune cose, per necessità giuridica, sono comprese nell'azione ipotecaria, altre possono formare oggetto dell'azione ipotecaria, anzi normalmente lo formano, ma possono essere tenute separate per volontà delle parti.

§ IX.

e) Quando sia dato a pegno un suolo, vi saranno soggette anche le costruzioni fatte sopra, pel principio *quidquid solo plantatur vel inaedificatur solo cedit.* La costruzione, secondo il diritto romano, non ha esistenza a sè, ma forma un tutto giuridico col suolo.

L. 29 § 4 D. *de pign.* et *hypoth.*: « Domus pignori data, exusta est, eamque aream emit Licius, Titius et estruxit. Quaesitum est de iure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare; et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est cum iure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere quam sumptus in extructione erogatis, quatenus pretiosior res facta est, reci-

perent ». Una casa, data in pegno, fu bruciata, e poi sull' area venduta fu costruito. Paolo risponde che l' azione perdura, e però sembra che la superficie segua la sorte del suolo, cioè col diritto di pegno. Tuttavia, non può essere costretto il possessore di buona fede a restituire l'edificio ai creditori, se prima non sia tenuto indenne delle spese fatte. Qui si dice: perchè il pegno colpisce il suolo, anche la nuova costruzione sarà vincolata; ma, se questo è vero, potea il creditore agire senza riguardo del terzo possessore che ha edificato e che ha diritto ad essere rimborsato delle spese fatte? No, perchè sarebbe un indebito arricchimento; soltanto il creditore non dovrà pagare tutte le spese, ma, se utili, la minor somma fra lo speso e il migliorato; si guarda all'aumento effettivo, e solo nei limiti di questi, potrà domandarsi il risarcimento.

L. 35 *h. t*: « Si insula quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est deinde a debitore suo restituto, idem in nova insula iuris habes ». Il caso è diverso, perché l'isola data in pegno è stata ricostruita con i danari del debitore; e quindi, non si può parlare di risarcimento a favore di lui, perchè manca l'indebito arricchimento.

L. 21 D. *de pign. act.*: « Domo pignori data, et area eius tenebitur: est enim pars eius et contra, ius soli sequetur aedificium ». Qui è affermato più genericamente il principio.

§ X.

f) E, se invece di un edificio che si aggiunge al suolo, si abbia un aumento per alluvione, la parte che viene ad aggiungersi sarà vincolata anche a pegno?

Questo caso è contemplato nella L. 16 D. *de pign et hypoth.*: « Si fundus hypothecae datus sit, deide alluvione maior factus est totus obligabitur ». Se un fondo è dato ad ipoteca e poscia viene ad accrescersi, rimarrà tutto obbligato. Qui è affermato recisamente che anche la parte aggiunta entra nella cerchia del pegno.

L. 18 § 1 D. *de pign. act.*: « Si nuda proprietas pignori data

sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis. » Se la nuda proprietà vien data a pegno, anche l'usufrutto che viene a consolidarsi con essa, sarà vincolato. L'identica condizione giuridica si ha per l'alluvione.

Fermiamoci sul primo caso: se è data la nuda proprietà a pegno, è soggetto anche l' usufrutto che si riunisce alla proprietà. Alcuni ritengono, di fronte a quest'affermazione generale, che qualunque sia la causa, per cui l' usufrutto ritorni al proprietario, sempre il creditore abbia diritto di far valere l'azione sulla proprietà piena. Altri distinguono: se l'usufrutto ritorna al proprietario per morte o *capitis deminutio* del titolare, ovvero il proprietario lo acquista a titolo lucrativo, dovrà ritenersi vincolato a pegno: ma, se un negozio giuridico attribuisce l'usufrutto al proprietario, il diritto di pegno non potrà investire che la nuda proprietà: perchè, o il debitore riscatta l'usufrutto o questo gli viene donato, non è giusto che il creditore ne approfitti. Ma nel passo non vi è alcuna distinzione, e poi ci troviamo di fronte ad un accrescimento che si avvera *ope legis*, per cui la nuda proprietà e l'usufrutto vengono a formare un tutto unico. La distinzione del Windscheid dunque è inammissibile, in quanto è sempre vero che il diritto di pegno colpisce l'oggetto principale con tutto quello che si viene aggiungendo ad esso.

§ XI.

g) Un altro caso di accessione è l'*insula in flumine nata*: tuttavia, mentre abbiamo visto che il vincolo pignoratizio si estende a tutte le accessioni della cosa data in pegno, bisogna rispondere negativamente nel caso in quistione. Quale la ragione? A proposito dell'usufrutto è assegnata in un passo delle fonti una ragione che può servire anche pel pegno.

L. 9 § 4 D. *de usufructu* VII. 1: « Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit, tractari: et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. » Prima il giureconsulto ha parlato dei frutti ed ha detto che all' usufruttuario spettano i frutti della cosa, poi discende a parlare del-

l' accessione e soggiunge che è ammesso pacificamente che all'usufruttuario spetti l'usufrutto dell'alluvione. Continua il passo: « Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usumfructum ad fructuarium non pertinere, Pegasus scribit, licet proprietati acccedat; esse enim veluti proprium fundum, cuius usufructus ad te non pertineat; quae sententia non est sine ratione. Nam ubi latitet incrementum, et ususfructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. » Ma, se sia nata un'isola in un fiume, presso un fondo, Pegaso scrive che l'usufrutto di questa non appartiene all'usufruttuario; quantunque sia un accessorio della proprietà: imperocchè essa costituisce quasi un fondo a sè, l'usufrutto del quale non può spettare all' usufruttuario; e questa sentenza non è senza ragione. Dove infatti l' incremento non è manifesto, si accresce l' usufrutto, e non già quando l'incremento è visibile.

La ragione dunque che si adduce è che mentre l' aumento derivante dall'alluvione non si manifesta all' occhio, perchè risulta da un lavorio lento del fiume, onde la parte aggiunta non costituisce un fondo a sè, nel caso dell' *insula in flumine nata* l' incremento si verifica subito e costituisce una proprietà diversa dall'altra. Nel primo caso è l' antica proprietà che si estende nella parte nuova, nel secondo, in base all'antica, sorge una proprietà nuova.

Non è, come qualcuno ha voluto dire, che nel primo caso di accessione l' estensione del diritto deriva da una presunta intenzione delle parti: queste possono convenire che non spetti l'alluvione; ma sulla parte aggiunta l' usufruttuario ha diritto, indipendentemente da qualunque precedente convenzione. E nel pegno, quando sia legale o giudiziale, si potrà parlare di volontà delle parti?

Ma si potrà dire che è vero per il pegno quello che è affermato per l' usufrutto? Il diritto romano non risolve direttamente la questione; ma, perchè identica la ragione, bisognerà ammettere la stessa soluzione che dà la L. 9 in tema di usufrutto (1).

(1) Per riguardo al diritto moderno bisognerà giungere ad una diversa conclusione, perchè vi è una disposizione di legge, che non dà luogo

§ XII.

Sempre nello stesso ordine di idee, vi è un passo importantissimo, la L. 3 § 2 D. *de aqua cott. et aest.* XLIII. 20: « Si aquam ex flumine publico duxeris, et flumen recesserit, non potes subsequi flumen, quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit. » Se tu derivi acqua da un fiume pubblico e questo si sia allontanato, non potrai più seguire il fiume, perchè la servitù non è imposta su quel luogo, quantunque sia di mia proprietà.

E' una servitù di presa d' acqua costituita su di un fondo costeggiante un fiume pubblico: se il fiume ha cambiato letto, la servitù, perchè non si può estendere a quella parte su cui non era costituita, verrà meno. Vuol dire che il giurista considera quella porzione di terreno lasciata scoverta come un incremento autonomo, un fondo a sè.

Soggiunge il giureconsulto: « Sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo, subsequi potes, quia locus totus fluminis serviat ductioni. Sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes, quia medius locus non serviat, interruptaque sit servitus. »

Ma, se l'accessione abbia avuto luogo gradatamente per via d'alluvione, tu potrai seguirla; perchè tutto il luogo del fiume serve alla condotta d'acqua. Se invece il fiume, cambiato alveo, prende a scorrere in giro, non potrai avvalerti della parte che si è venuta ad aggiungere, perchè il luogo intermedio non può servire, posto che manca la continuità dei fondi.

Questo passo ci dà qualche guida per la soluzione della questione. In esso sono contemplate due specie di accrescimenti fluviali: nel caso dell' alluvione si afferma che il diritto di servitù si estende alla parte aggiunta, nel caso dell' *alvei mutatio*

---

a dubbi. L'art. 1966 così si esprime: « L'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell' immobile ipotecato. » Sotto il nome di accessioni quindi si dovrà comprendere l' *insula in flumine nata*.

invece non si estende: conferma di un principio che vale per tutti i diritti reali.

Ma questo passo non è da tutti inteso allo stesso modo; alcuni ritengono che il passo, preso così com'è, non abbia senso. Tanto nella prima, quanto nella seconda parte si parla di accessione, ma non si sa capire come, avendo detto che la porzione di terra aggiunta per alluvione si estenda, non si dica lo stesso per quella parte lasciata scoverta per lo spostamento repertino dell'alveo. Lo Scialoia, quindi, propone d'intendere il passo a questo modo: il frammento è di Pomponio *ad Sabinum*: ora sarebbe abitudine dei compilatori di fondere le note ed il testo principale, togliendo di mezzo le citazioni, in un tutto armonico, da adattare al diritto vigente. La prima parte di questo passo sarebbe un'affermazione di Sabino, cioè: ogni qualvolta vi è recesso, non è possibile tener dietro al fiume; nella seconda invece Pomponio farebbe una distinzione fra aumento alluvionale ed aumento per mutazione di alveo, limitando il principio generale, posto da Sabino, al caso ultimo. L'interpretazione è possibile, ma non è scevra di difficoltà: ad ogni modo è sempre vero pel pegno quello che, per riguardo all'usufrutto ed alla servitù abbiamo trovato affermato nelle fonti.

§ XIII.

h) Il diritto di pegno si estende non solo a tutte le accessioni materiali, ma anche alle accessioni giuridiche, alle qualità che ha la cosa data in pegno. Quindi perchè la servitù è un accessorio giuridico del fondo, una *qualitas fundi*, colui che ha un diritto di pegno su di un fondo a favore del quale fu costituita una servitù dal proprietario, avrà diritto alla servitù. Si guarda infatti al tempo in cui quel diritto reale fu costituito.

Nella L. 16 D. *de servit.* VIII. 1, si dice che il creditore ipotecario ha diritto di proporre l'azione relativa alle servitù: « Ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus

pertinet. » Il creditore pignoratizio avrà dunque un'*utilis petitio servitutis*, allo stesso modo che ha un' *utilis vindicatio pignoris*; come ha diritto di revindicare il fondo presso qualunque possessore, cosi ha diritto di far valere contro chiunque la servitù che ha sul fondo.

L. 9 D. *deop. nov. nunc.* XXXIX. 1: « Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est, de iure, id est de servitute, opus novum renunciare, nam ei vindicatio servitutis datur. »

Al creditore, di fronte al quale il predio è vincolato, si deve permettere che proponga la denunzia di nuova opera; imperocchè a lui spetta la *vindicatio servitutis*.

E se il proprietario del fondo dominante che ha vincolato il fondo a pegno, rinunzia al diritto di servitù, la rinunzia non potrà mai pregiudicare i diritti acquisiti dei terzi, allo stesso modo che, malgrado la confusione, la servitù non si estingue nei rapporti col creditore pignoratizio. Questo in vero non è pacificamente ammesso: alcuni, infatti, affermano che il creditore non abbia diritto di far valere la servitù, quando la confusione sia avvenuta indipendentemente dalla volontà del proprietario del fondo dominante. Ma non v'è ragione a distinguere, perchè il diritto del creditore pignoratizio investe tutta la cosa con tutte le sue qualità, ed indipendentemente dal diritto del proprietario; di modo che la servitù sarà estinta di fronte al proprietario, ma venuto il momento della scadenza, il creditore potrà far vendere il fondo con la servitù.

§ XIV.

A tal riguardo sorge una questione nel diritto moderno. Il nostro codice dispone che la nuda proprietà e l' usufrutto possono formare oggetto d'ipoteca. Ora, se l'usufrutto si consolida con la proprietà, l'ipoteca, che gravava sulla nuda proprietà, continuerà a sussistere?

Uno scrittore ritiene che la nuda proprietà e l' usufrutto siano enti giuridici a sè, e però, quando l'usufrutto si consolida

con la proprietà, la ipoteca viene ad estinguersi, per mancanza di oggetto.

Ma, è da osservare che la nuda proprietà non è qualche cosa di diverso della proprietà piena, è un diritto che si estende di tanto, quanto è lo spazio lasciato libero per deficienza dei diritti dei terzi, e quindi il diritto del creditore continua a sussistere sulla proprietà. Si può far solo questione se, nel caso che abbia fatto delle spese, per acquistare l'usufrutto, il debitore possa domandare al creditore di essere risarcito; e lo potrà benissimo. Ugualmente, se la cosa è in mano di un terzo possessore, il quale vi abbia apportato dei miglioramenti, dal prezzo della vendita sarà separata la parte corrispondente ai medesimi (1).

§ XV.

i) Fin qui abbiamo parlato di quelle accessioni, che per necessità giuridica vengono a cadere nella cerchia del diritto di pegno: vediamo ora quelle accessioni che normalmente cadono, ma che potrebbero essere escluse per volontà delle parti.

Il creditore pignoratizio ha diritto ai frutti della cosa data in pegno.

L. 3 Cod. *in quibus causis, etc.* VIII. 14: « Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli prudentium placuit. » Sebbene i frutti dei fondi dati in pegno, benchè non sia dichiarato espressamente, si ritengano obbligati a pegno per tacita convenzione, tuttavia non è ritenuto da alcuno che i fondi comprati col ricavo dei frutti siano anche essi vincolati.

E' ammesso pacificamente il diritto ai frutti. Ma, nelle sentenze di Paolo II. 5 § 2, si dice: « Fetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter

(1) Così nel nostro codice (art. 2020 cap.)

contrahentes convenerit. » Questo passo è in evidente contraddizione con la costituzione del Codice.

L'antinomia non ha importanza pel diritto giustinianeo, che non ha accolto quelle sentenze di Paolo nel Corpus iuris: di fronte a questo diritto, quindi, il principio vero è quello riconosciuto dalla costituzione di Antonino.

Solo, resta a spiegare, nel diritto classico, com'è che Paolo professi quell'opinione: e la spiegazione è facile, perchè le sentenze di Paolo furono scritte dieci anni prima delle costituzioni: vuol dire che la questione non era ancora risoluta e che, nella divergenza delle opinioni, quell'affermazione rappresenta un'opinione isolata del giureconsulto.

E lo stesso Paolo nella L. 29 §. 1 D. *de pign. et hypoth.*, dice: « Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius. Ceterum, si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. » Se gli schiavi sono vincolati a pegno, anche i loro figli dovranno cadere sotto lo stesso vincolo. Tutto questo deve ritenersi, sia che vi sia stato patto, sia che no; ma ha luogo solo quando il dominio di questi nati pervenga a colui che ha obbligato gli schiavi a pegno o agli eredi di lui.

Questo passo ci dimostra dunque come Paolo, scrivendo dopo quella costituzione, affermi in linea generale che i nati degli schiavi sono vincolati a pegno, indipendentemente da qualsiasi convenzione. Ed interessa notare ancora il rilievo che, allora sono vincolati i parti della schiava, quando siano nati di proprietà del debitore; sempre cioè che la schiava non sia presso un terzo possessore.

§ XVI.

II. *Pegno su cose incorporali.* Possono essere date a pegno anche le cose incorporali: per ora esaminiamo quali sieno queste varie specie di cose incorporali e quale sia davvero l'essenza di questo diritto di pegno sulle varie specie di esse.

a) Nelle fonti è fatta ripetuta menzione di un *pignus nominis*. Appunto nella L. 4 Cod. *quae res pign. etc.* VIII. 16, si afferma in modo generale la possibilità di costituire questo diritto di pegno sul credito. « Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit... » Fu ammesso già da prima che potesse formare oggetto di pegno generale o speciale anche un credito appartenente al debitore.

b) *Diritti reali*. In prima linea le servitù prediali: queste, in quanto sono già costituite, non possono formare oggetto di pegno: s'intende che se l'intero fondo è sottoposto a pegno, la servitù prediale, non potendo scindersi dal fondo cui inerisce, sarà pur essa sottoposta a pegno.

E, d'altro canto, è possibile ammettere un diritto di pegno sulle servitù personali? L'usufrutto di per sè è inalienabile: ma l'esercizio del diritto di usufrutto, essendo alienabile può anche formare oggetto di pegno: intanto, quello che è vincolato è sempre il diritto di usufrutto, perchè l'esercizio si pone in essere quando si pone in movimento l'azione ipotecaria.

Che l'usufrutto possa formare oggetto di pegno lo troviamo detto nella L. 11 § 2 D. *de pign. et hypoth*: « Usufructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei ius uti frui invito se*, tali exceptione eum Praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum ad quem usumfructum pertinet, convenerit, et usufructus pignori sit; nam et eum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio. » Si è fatta quistione se l'usufrutto potesse formare oggetto di pegno o d'ipoteca, sia che la convenzione costitutiva di pegno fosse stata fatta dal diretto proprietario, sia che fosse stata fatta da colui che aveva il solo diritto di usufrutto. Scrive Papiniano che il creditore dev'essere tutelato; e se il proprietario oppone che il creditore non abbia il diritto di godere la cosa contro la volontà sua, il pretore tutelerà il creditore da tale eccezione, salvo che

fra il creditore e il proprietario, al quale appartiene l'usufrutto, non si sia convenuto che l' usufrutto sia dato a pegno: imperocchè, se il Pretore tutela il compratore dell'usufrutto, perchè poi non dovrebbe tutelare il creditore pignoratizio?

Qui si afferma in modo reciso che l'usufrutto è pignorabile.

L'usufrutto può formare oggetto di pegno sotto due aspetti diversi. In primo luogo può già esistere ed essere come tale dato in pegno dal titolare del diritto medesimo. Se il creditore ha questo diritto di pegno sull'usufrutto, come potrà tutelare il suo diritto contro qualunque persona? Se il titolare del diritto di usufrutto dica di non essere usufruttuario, gli si potrà opporre l'eccezione di dolo: se d'altro canto il creditore non sarà soddisfatto, potrà vendere l'esercizio del diritto di usufrutto.

In secondo luogo, è possibile dare in pegno un usufrutto da costituire: se uno è pieno proprietario di una cosa non si può dire che egli abbia il solo usufrutto di questa cosa: ma, egli potrà costituire a favore di un suo creditore un pegno sull'usufrutto di quella cosa, nel caso che questi non sia soddisfatto; qui il creditore pignoratizio riceve dal debitore la facoltà di costituire in avvenire l'usufrutto sulla cosa. Intanto, poichè si tratta di pegno vero e proprio, per cui, com'è noto, è necessaria la traslazione del possesso, non potendo il creditore pignoratizio avere il possesso del diritto di usufrutto, che non è ancora sorto, si supplisce accordandogli l'esercizio di fatto del diritto di usufrutto.

Questa distinzione, fra pegno su di un usufrutto costituito e pegno su di un usufrutto da costituire, è anche vera per gli altri diritti reali che formano oggetto di pegno. I titolari del diritto di superficie, di enfiteusi, possono vincolare a pegno il loro diritto, ma nulla vieta che il proprietario di un fondo vincoli in pegno ad un creditore un diritto di superficie o di enfiteusi per quando saranno costituite.

E persino nelle servitù prediali nelle quali non è possibile un pegno, si può imaginare che si costituisca un diritto di pegno su di una servitù da costituire: la servitù prediale da costituire può formare anch' essa oggetto di dritto di pegno.

Alcuni ritenevano che questa possibilità fosse limitata alle sole servitù rustiche (1).

§ XVII.

Si può costituire in pegno anche il dritto di pegno stesso: Le fonti non lasciano luogo a dubbi riguardo a questo *subpignus*.

L. 1 pr. Cod. *si pignus pignori etc.* VIII. 23: « Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, iamdudum placuit scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque cum is, qui ius repraesentat, teneatur, quandiu in causa pignoris manet eius, qui dedit. » Fu ammesso qui che anche la cosa obbligata a pegno, possa essere di nuovo obbligata a pegno dal creditore, nel senso che al creditore che segue si accorderà un'utile azione, ed il pretore lo tutelerà nel possesso del pegno, finchè la cosa sarà vincolata a pegno al primo creditore.

Ma qual'è la conseguenza di questo *subpignus? L'actio quasi Serviana* che è accordata al primo creditore, è pure accordata come *actio utilis* al secondo finchè sussisterà il primo diritto di pegno.

L. 13 § 2 D. *de pign. et hypoth:* « Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. »

Ammesso che si possa costituire una cosa già obbligata a pegno, fino a quando l'una e l'altra somma sono dovute, il pegno è tenuto dal secondo creditore e gli si deve accordare sia una eccezione, sia un'utile azione. Insomma, la condizione giuridica di questo secondo creditore è perfettamente identica a quella di un creditore pignoratizio.

c) Può formare oggetto di pegno una *universitas iurium:* in tal caso l'oggetto del pegno è il patrimonio considerato co-

---

(1) L. 11 § 3, L. 12 D. *de pign. et hypoth.* V. Corso di diritto romano, *Delle servitù*, lezioni da noi raccolte, pag. 156 e seg.

me un complesso di rapporti giuridici. Il diritto romano conosce molti pegni generali, o ne abbiamo altrove accennato.

Rapporti del diritto di pegno col credito.

§ I.

Possono formare oggetto di pegno o d' ipoteca tutti i crediti, qualunque ne sia l'oggetto. Non è dunque necessario che il credito sia di una somma di danaro: è pur vero che il pegno potrebbe condurre alla vendita dell' obbietto vincolato, ma anche se si tratta di pegno l'oggetto del quale non sia una somma di danaro, il ricavato della vendita può servire a dare al creditore l'*id quod interest*.

L. 9 § 1 D. *de pig. act.*: « Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest, veluti si quis pignus alicui dederit, ut pro se fideiubeat. » L'oggetto del credito nell' ipotesi del passo è questo di un debitore che dà un pegno ad una persona appunto perchè presti fideiussione per lui: non occorre adunque che vi sia un credito pecuniario.

Occorre però che vi sia un credito valido e sussistente: se esso è nullo o infirmato da un'eccezione perentoria, non si può avere un diritto di pegno valido. Le fonti se ne occupano a proposito di crediti ad interesse.

L. 11 § 3 *h. t.*: «...Alia causa est earum, quas quis supra licitum modum promisit: nam hae poenitus illicitae sunt. » Si è tralasciata la parte precedente, già altra volta esaminata : il passo dice che la condizione giuridica di quegl' interessi che eccedono la misura stabilita dalla legge è diversa. Vuol dire che queste, essendo illecite, non saranno garentite dal pegno.

E questo è pure detto nella L. 4 D. *de naut. foen.* XXII. 2: « Nihil interest traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem praestitutum et conditionem impletam periculum esse creditoris desierit; utrubique igitur maius legitima usura foenus non debebitur. Sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo; nec pignora vel hypothecae

titulo maioris usurae tenebuntur. » Non importa che il danaro ricevuto a cambio marittimo viaggi senza pericolo del debitore, o che il pericolo sia cessato di essere del creditore dopo il giorno stabilito o dopo verificata la condizione; in tutti i casi, è sempre vero che non è dovuto un interesse superiore al legale : ma, nel primo caso sempre, nel secondo quando cessi il pericolo. Nè le ipoteche o i pegni resteranno più vincolati a titolo di usura maggiore.

Il prestito a cambio marittimo gode di favori speciali, appunto perchè il creditore viene ad assumere un rischio , ma quando manca il rischio da parte del creditore , allora non si possono pattuire gl' interessi superiori ai legali: lo stesso si dica quando è cessato il rischio da parte del creditore.

Se si costituisce un pegno su credito nullo o infirmato da un'eccezione perentoria, può essere insita la conferma del debito nullo, quando esso sia suscettibile di conferma.

Come la fideiussione così il pegno può garantire non solo i crediti civili, ma anche i crediti naturali, sebbene non si possa dire come abbiamo già visto, che tutti i crediti naturali possano essere garantiti da pegno o da ipoteca.

§ II.

Nella L. 5 pr. D. *de pign. et hypoth.*, troviamo una enumerazione delle diverse specie di crediti che possono essere garantiti da pegno o da ipoteca: questo passo ci sarà di guida nelle varie questioni che sorgono al riguardo.

« Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahuntur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem , vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat; sed et futurae obligationes nomine dari possunt; sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius , et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali; sed et in

conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit ».

È da sapere che possono darsi ad ipoteca le cose per qualunque obbligazione, sia che si tratti di denaro a mutuo, sia di obbligazione in dote, sia che si faccia un contratto di compravendita o sia anche di locazione o di mandato, sia l'obbligazione pura e semplice o a termine o sotto condizione, sia che si costituisca il pegno assieme all'obbligazione, sia che preceda: si può inoltre costituire un pegno anche sulle cose future; lo si può ancora costituire e non solo per il pagamento di tutta la somma, ma anche per una parte di essa e per un'obbligazione civile, pretoria, naturale che sia; nella obbligazione condizionale le cose non sono vincolate se non quando si sia verificata la condizione.

Qui adunque troviamo un'enumerazione dei vari crediti che possono essere garantiti da pegno o da ipoteca: il giureconsulto si esprime largamente quando incomincia col dire che possono darsi ad ipoteca le cose *pro quacunque obligatione*.

§ III.

a) Quale l'effetto di un pegno che garantisca un'obbligazione naturale? Essa è un vincolo giuridico, salvo nella impossibilità di poter proporre l'azione.

L. 61 (59) D. *ad senat. Trebell.* XXXVI. 1: « Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris; quum nollet adire ut suspectam, coactus iussu Praetoris adiit, et restituit; quum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, iure dominii id possidere; respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est, videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin, sive possidet creditor actor, idemque heres, rem, sive non possidet, videamus de effectu rei, et si possidet nulla actione a fideicommissario convenire potest, neque pignoraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveni-

ret, si nullum pignus intercessisset, possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, quum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur: remanet ergo propter pignus naturalis obligatio... »

Primo ha ricevuto un pegno da Secondo che lo istituisce erede; ma, non si tratta di una istituzione di erede puramente e semplicemente, poichè Primo sarà obbligato a restituire l'eredità alla figlia del testatore: si tratta adunque di una sostituzione fidecommissaria. Non volendo il creditore pignoratizio accettare l'eredità, perchè sospettava che fosse gravata di obbligazioni, ne fu costretto per comando del Pretore: e non potendo trovare un compratore del pegno costituito a suo favore, desiderava che gli fosse consentito che egli possedesse la cosa a titolo di proprietà.

Che cosa vuol dire che il pretore costringeva l'erede ad accettare l'eredità? Appunto per evitare che cadesse la istituzione fidecommissaria, il pretore aveva la facoltà di costringerlo ad accettare, ma negava tutte le azioni contro di lui, accordandole contro di colui al quale si doveva restituire l'eredità.

Il giureconsulto alla domanda dell'erede rispondeva: con l'accettazione d'eredità l'obbligazione in verità è confusa: essendo stato il creditore istituito erede del debitore, debiti e crediti rimangono confusi col fatto dell'accettazione di eredità. Ma, venuta meno l'obbligazione viene meno il pegno? Vediamo però, dice il giureconsulto, se il pegno non sia stato liberato, per ciò che è tolta anche l'obbligazione naturale in questo caso. Ma, sia che il creditore possegga le azioni come attore o come erede, sia che non possegga, vediamone le conseguenze. Se possiede non potrà essere convenuto con veruna azione.

Qui si suppone che il creditore pegnoratizio abbia ritenuto la cosa data in pegno: quali i rimedii possessorii con cui può essere chiamato in giudizio dal fidecommissario? Non potrebbe il fidecommissario agire con l'azione pignoratizia, perchè qui

l'azione è ereditaria; non con l'azione derivante dal fidecommesso, perchè non è vero che quegli debba restituire la cosa, essendo questa vincolata a pegno. Il creditore pegnoratizio la possiede in qualità di creditore; come erede egli ha da restituire quello che deve in quest'altra qualità.

Se invece possegga la cosa il fidecommissario, qui si darà luogo all'azione Serviana; imperocchè è vero che il danaro non è stato pagato, ma l'azione non è pendente a causa di un'eccezione.

Questo punto si spiega solo ricorrendo alla formola dell'azione pignoratizia; il creditore sarà tenuto a restituire la cosa solo, se gli è stato pagato il danaro o in altro modo egli è stato soddisfatto.

Adunque, continua il passo: non solo al creditore competerà la ritenzione, ma gli competerà pure l'azione a causa di pegno ed il pagato non potrà essere ripetuto, perchè vi è un obbligazione naturale. Dunque, per tenere in piedi il pegno qui rimane un'obbligazione naturale.

E' questo un passo importantissimo il quale dimostra che in tal caso il pegno *ipso iure* verrebbe meno, se non sussistesse neppure l'obbligazione naturale. Ed è una ragione di equità quella che s'impone al giureconsulto: non è giusto che una confusione momentanea rechi danno al creditore. E, siccome per diritto civile non era possibile ammettere che l'obbligazione risorgesse, si disse che qui si aveva un'obbligazione naturale.

Conchiudendo, dal passo si ricava che il vincolo pignoratizio non può sorgere se non vi è almeno un'obbligazione naturale; che esso perdura se l'obbligazione continua a sussistere; che talvolta per equità si considera ancora sussistente l'obbligazione naturale per non far cadere il pegno.

§ IV.

Ritorniamo alla L. 5 e continuiamo nell'esame delle ipotesi più importanti.

b) *Sive in diem est obligatio.* L. 14 pr. D. *de pign. et hypoth.*:

« Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignore permittendum sit? Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea; et ita Celsus scribit. » Si è fatta quistione, se ancora non è venuto il tempo del pagamento della pensione, non essendo ancor essa scaduta, se si possa nel tempo intermedio proporre l'azione pegnoratizia: ed io ritengo che la si possa accordare, perchè vi è l'interesse.

L'obbligazione sussiste, ma non si è tenuto ad effettuare il pagamento. Ma chi ha pagato prima l'obbligazione, non può ripeterne il pagamento. Lo scopo per cui si accorda l'azione pignoratizia, è non quello di vendere la cosa: infatti, il termine non è ancora scaduto. L'azione pegnoratizia mira in questa ipotesi ad evitare che il debitore nel periodo intermedio abusi della cosa sottoposta ad ipoteca, con grave pericolo delle ragioni del creditore; oppure la si accorda quando la cosa è in mano di terze persone.

c) *Sive sub conditione*. L. 13 § 5 *h. t.*: « Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur, sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est; ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt: *si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam si in rerum natura sit.* » Se la ipoteca sia vincolata per un debito sotto condizione, è a dire che prima dell'avverarsi della condizione non si possa agire con l'azione pignoratizia, perchè prima di quel tempo nulla è dovuto; se poi si avvera la condizione, si potrà subito agire. Ma, se il debito sia presente, e l'ipoteca invece sottoposta a condizione e si agisca con la azione ipotecaria, anche prima dell'avverarsi della condizione, è vero che il denaro non è stato pagato, ma è iniquo togliere la cosa al debitore; e perciò il giudice è in facoltà di interporre cauzione che se si verifica la condizione ed il denaro non è stato pagato, la ipoteca viene stabilita.

Il concetto della legge è il seguente: quando il debito è condizionale, l' ipoteca non si può far valere se non si verifica la condizione perchè, prima che quella si verifichi, nulla è dovuto. Ma quale efficacia ha allora l' ipoteca? Vi è un debito condizionale garantito da ipoteca: può il creditore per tutela dei suoi diritti far valere l' azione ipotecaria? Il testo dice di no: questo contraddice alla L. 5.

Vediamo l'altro caso: il debito è *praesens*, l' ipoteca è *sub conditione*: qui si dà cauzione per la costituzione della ipoteca, nel caso che la condizione si avveri e non si sia pagato il debito. Qui vi sono due interessi in lotta. Dice il passo: è vero che non fu pagato, ma, d'altro canto, è iniquo togliere la cosa al debitore: allora, per un principio di equità, si dice, il debitore non è tenuto a restituire la cosa, ma dovrà dar cauzione giudiziale per garantirne la restituzione.

§ V.

Abbiamo visto, dunque, come nella L. 13 § 5 fosse disciplinato il caso del pegno per obbligazioni condizionali e quello del pegno condizionale per obbligazioni pure e semplici. Si dice bensì nella L. 5 che si può costituire un'ipoteca per obbligazioni condizionali: ma, nella L. 13 si soggiunge che, prima dell'avveramento della condizione, il creditore non può proporre l' azione ipotecaria. Come mettere d' accordo i due passi? Alcuni ritengono che nella L. 13 si neghi al creditore l'azione ipotecaria, come *diretta*, non già come *actio utilis*, per tutelare quell'aspettativa di diritto; ma il passo non consente questa spiegazione aggiunta. Certo, perchè i due passi appartengono allo stesso giureconsulto e sono nello stesso libro, dobbiamo trovare un mezzo per metterli di accordo.

Nella L. 5, in realtà, si dice che si può costituire un'ipoteca per crediti condizionali, ma, quale sia l'efficacia pratica di questa ipoteca non è detto: la costituzione è valida, ma l' ipoteca sorgerà quando si sarà avverata la condizione. Ma, da qual giorno prenderà grado, da quello della costituzione o dal giorno in cui la

condizione si sarà verificata? Il negozio giuridico costitutivo della ipoteca è valido, ma questa non esplica alcuna efficacia pratica, appunto perchè l'azione ipotecaria richiede l' esistenza del debito: quindi, l'unica conseguenza si è che l'ipoteca prende data dal giorno della costituzione, quando la condizione ha avuto luogo.

§ VI.

d) Sed et futurae obligationes nomine dari possunt. La terminologia delle fonti è insicura, perchè nella L. 5 è fatta una distinzione precisa ed esatta fra obbligazioni a termine, *sub conditione* e future, mentre in altri passi sotto il nome di obbligazione futura si comprende anche quella a termine: impropriamente, perchè nell'obbligazione a termine il vincolo giuridico sussiste, quantunque non si possa far valere. La vera terminologia è quella della L. 5.

Quest'obbligazione futura si può prendere in significati disparati. Secondo la gran maggioranza si deve ritenere futura quell'obbligazione, di cui non è posta tuttora in essere nemmeno la causa, quell'obbligazione che si prevede, ma che intanto non ha una causa giuridicamente esistente. Si ha ad esempio un obbligo futuro quando alcuno promette di restituire i danari che altri gli darà a mutuo. Ma, suppongasi un tutore che dia garanzia ipotecaria su tutti i suoi beni per le possibili obbligazioni che potranno sorgere dall' amministrazione della tutela, allora abbiamo un'obbligazione futura di genere diverso, perchè l' assunzione dell' obbligo è già posta in essere; è incerto solo se quella avrà effettuazione pratica.

Secondo la L. 5 si può costituire un diritto di pegno sopra crediti futuri, e le fonti hanno vari passi che vi si riferiscono, ma specialmente tre passi devono essere esaminati. (1)

1.° L. 11 D. *qui pot. in pig.*: « Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum

(1) Intorno a questo concetto si sono fatte dispute gravissime, anche per il diritto moderno, dove trovasi una base per la soluzione della questione nell'art. 2007 cod. civ. che consente l'ipoteca per apertura di crediti.

alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata; licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. » Ha grado anteriore chi per il primo ha dato danaro a credito o ha ricèvuto ipoteca, quantunque il debitore avesse già fatto convenzione con un altro, in modo che se avesse ricevuto danaro, sarebbe rimasta obbligata la stessa cosa; imperocchè questi poteva, malgrado la convenzione, non ricevere il danaro.

Il caso è semplice: Tizio proprietario del fondo Corneliano, vincola il fondo ad ipoteca a vantaggio di *Primus*, pel caso in cui questi gli faccia prestito: posteriormente *Secundus* dà il danaro a Tizio e si fa costituire ipoteca sullo stesso fondo. Quantunque *Primus* abbia, dopo questa convenzione, consegnato il danaro, e si sia verificata la condizione, dovrà ritenersi poziore il diritto di *Secundus*, che ha prestato per ii primo il danaro; e la ragione che adduce il giureconsulto è che il debitore poteva benissimo non togliere il danaro a mutuo. Vuol dire che di fronte a crediti sotto condizione potestativa, l'ipoteca ha effetto dal giorno in cui la condizione si verifica, e quindi non retroagisce al giorno della convenzione.

E nel § 1 *h. t.*, si dice: « Videamus, an idem dicendum sit, si, sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio; ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita sit, sine conditione facta esset, quod et melius est. » Vediamo ora se sia da dire lo stesso nel caso in cui, fatta una stipulazione sotto condizione, sia stata data ipoteca, pendente la quale altri abbia fatto credito puramente e semplicemente ed abbia preso la stessa ipoteca; sarà da preferirsi chi ha fatto credito posteriormente? Ma io dubito che qui non si debba venire ad un'altra conseguenza, imperocchè, avveratasi la condizione, si ritiene come la stipulazione, sia stata fatta in quel tempo senza condizione; e questa è la migliore opinione.

Anzi il giureconsulto viene ad una diversa soluzione, in

quanto che la condizione, inerente alla prima stipulazione, verificandosi, retroagisce al momento della costituzione; appunto perchè si tratta di condizione casuale e non potestativa, come nel primo caso.

E nel § 2 *h. l.:* « Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, et, antequam inducat alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est. » Se il colono abbia convenuto che le cose introdotte nel fondo fossero vincolate a pegno, e, prima d'averle introdotte, l' abbia vincolate ad altri e poi introdotte nel fondo, sarà preferito chi specialmente ha ricevuto le cose in pegno, perchè egli non è obbligato di fronte al primo in forza della convenzione, ma pel fatto dell' introduzione.

Il caso è questo: uno che ha tolto in affitto un fondo, ha fatto una convenzione ipotecaria, relativa alle cose ivi introdotte: se prima d' introdurle nel fondo, le vincola anche a pegno a favore di chi gli ha fatto prestito, sarà preferito colui cui quelle cose sono specialmente vincolate, in quanto che, di fronte al locatore, il colono era obbligato pel fatto dell'introduzione, che è un avvenimento posteriore.

L'opinione di Gaio dunque è molto precisa: per vedere il grado dell' ipoteca, nei casi in questione, bisogna por mente al carattere della condizione, e determinare se la condizione retroagisca o pur no al momento della convenzione.

2.° L. 4 D. *quae res pign* XX. 3: « Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei; et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit, deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, ed ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit. » Tizio, volendo prendere danaro a prestito da Mevio, destinò al-

cune cose a garanzia del credito; posteriormente, dopo aver venduto parte di queste, ricevette il danaro. Si domanda se le cose vendute, in primo luogo, saranno vincolate al creditore, e si dice: poichè era in facoltà del debitore di non ricevere il danaro, dopo avere prestata garanzia, così si deve ritenere che l'obbligo fu contratto nel momento in cui fu sborsato il danaro, e però si deve vedere quali cose erano in quel tempo nel patrimonio del debitore. Come si vede, il caso qui è diverso, ma la soluzione è identica a quella che dà Gaio: Tizio, deve prendere danaro a mutuo e con dichiarazione scritta vincola i fondi A, B, C e D. Intanto vende i fondi A e B, talchè restano nel patrimonio C e D; e dopo l'alienazione, si rivolge a Tizio ed ottiene i danari a prestito. Ora, dice il passo, l'ipoteca non sorge che al momento della consegna, e solo sulle cose che si trovano nel patrimonio in questo tempo, perchè il debitore non era obbligato a prendere il danaro, e quindi, prima di questo momento, non poteva parlarsi di vincolo ipotecario.

3.° L. 1 D. *qui pot. in pig.*: « Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici, in potestate eius esse pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. » Colui che promise la dote per la donna, ricevette un pegno od un'ipoteca per la restituzione della medesima. Dopo averne ricevuta una parte, il marito dette a pegno la stessa cosa ad altri, e poscia fu espletato il pagamento. Si fa quistione intorno al pegno. Poichè colui che ha promesso di costituire la dote è tenuto, in forza della promessa, a pagare l'intero, non si deve por mente al giorno del pagamento, ma al giorno in cui fu contratta l'obbligazione, nè si può dire che era in facoltà del marito ricevere o no il danaro.

Qui è lo stesso caso di obbligazione futura; ma abbiamo una ragione, che sembra andare contro alle altre ipotesi esaminate.

Il caso è questo: il marito, che della dote di centomila lire, che gli è stata promessa, ne ha ricevuto solo ventimila, dopo aver data ipoteca a garanzia della restituzione, prende danaro a mutuo e copre così tutto il resto della dote. Frattanto, se il costituente paga le altre ottantamila lire, l'ipoteca che egli ha sul fondo sarà anteriore a quella del terzo, che ha fatto prestito, perchè non si guarda al giorno del pagamento. Non potrebbe dirsi che qui l' obbligo di costituire non v' è, perchè non v' è stata consegna, e quindi non v'è nemmeno ipoteca? Ma il giureconsulto soggiunge: non vi è condizione potestativa perchè non era in facoltà del marito l' accettare o pur no. E difatti, quando si tratta di costituzione di dote, sono interessate tre persone, da un canto il costituente per la restituzione, dall'altro il marito e la moglie per sostenere gli *onera matrimonii*: ora non può parlarsi in questo caso di condizione potestativa, perchè, col rifiutare la dote, si renderebbe deteriore la condizione della donna.

E quindi, perchè l' obbligo sussiste, la garanzia ipotecaria potrà sorgere fin da principio.

Da questi passi dunque ricaviamo un'idea precisa della questione: i passi dicono che, se si tratta di obbligazione che sorgerà indipendentemente dalla volontà delle parti, allora, poichè la condizione retragisce, l'ipoteca daterà dal giorno della costituzione, se invece l'ipoteca si riferisce ad obbligazione, che sorgerà per volontà delle parti, siccome la condizione non retroagisce, perchè potestativa, l'ipoteca prenderà grado dal giorno in cui quella si è avverata. Solo quando le parti lo abbiano espressamente dichiarato, l'ipoteca prenderà grado, anche in quest'ultimo caso, dal giorno della convenzione.

Nè tutto questo va contro il principio dell'accessorietà della ipoteca; imperocchè lo scopo della ipoteca è quello di garantire un'obbligazione; quando questa sorga, è cosa che poco può importare.

§ VII.

Nel diritto moderno sorge una quistione, in base all' articolo 2007 del Codice civile, sopra citato: « L' ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, ancorchè si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente. » In quest'articolo si suppone che sia implicita l'obbligazione di dare, che sia già posta in essere la convenzione, ed allora, essendovi quest'obbligo, il debitore deve dare garanzia; se si trattasse invece di un prestito che il creditore può non fare, ci troveremmo nelle ipotesi delle leggi romane, e l'ipoteca non sorgerebbe, se non quando il prestito fosse fatto. Ma qui sorge una divergenza fra gli scrittori sulla data dell'ipoteca: secondo alcuni l' ipoteca prende data dal giorno dell'iscrizione, secondo altri dal giorno del prestito; infine secondo altri scrittori, l' iscrizione, nulla, continua ad esser nulla, non ostante l'esistenza del credito, perchè di fronte ai terzi l' iscrizione che è un atto formale, quando sia nulla, non può produrre effetti: è necessario quindi, secondo l'opinione di questi scrittori, un'altra iscrizione.

Per bene intendere quest'articolo, bisogna prendere le mosse del principio, che, se si ritiene che la condizione potestativa sia tale da rendere nulla la obbligazione, come dispone l' articolo 1162, l'articolo in esame non trova una spiegazione plausibile. Soltanto questo articolo può essere inteso in senso tale da porlo in relazione col principio suddetto.

Infatti, si dice che l' ipoteca costituita per un debito che ancora non è sorto, prende grado non dal giorno in cui si effettua la consegna dei danari, ma dal giorno della convenzione. Ma, v'è proprio una condizione potestativa in questo caso? Qui v'è un fatto che deve porre in essere il creditore; si può credere che ragionevolmente si possa accettare o pur no senza che influiscano speciali circostanze? Non si tratterebbe adunque di condizione potestativa, ma di condizione mista.

Quindi l' art. 2007 non si riferisce che ad obbligazioni fu-

ture, ad obbligazioni cioè di cui non ancora è posta in essere la causa ; il che dimostra che può ammettersi un' ipoteca per tali obbligazioni.

Delle opinioni accennate, quella secondo cui l'ipoteca, valida, prenderebbe grado dal giorno della consegna, è inaccettabile. S'intende bene che si dichiari nulla l' iscrizione , ma il dire che l' ipoteca è valida e che prende valore soltanto dopo, è cosa che assolutamente non può ammettersi.

Effetti del diritto di pegno

§ I.

A. *Diritti del proprietario.* Bisogna studiare il rapporto che passa fra il diritto di proprietà ed il diritto di pegno, e vedere, quando il pegno sia costituito, quali diritti restano al proprietario. Che il proprietario conservi il diritto di proprietà, è confermato dalla L. 35 § 1 D. *de pign. act.*: « Pignus manente proprietate debitoris, solam possessionem trasfert ad creditorem: potest tamen et precario, et pro conducto debitor re sua uti. » Il pegno, restando ferma la proprietà nel debitore, trasferisce al creditore il solo possesso, tuttavia può il debitore usare della cosa o a titolo di precário o di locazione. E' affermato dunque che il costituente il pegno resta proprietario; quello che acquista il creditore pignoratizio è il solo possesso. Anzi, si soggiunge, che può il debitore conservare il godimento della cosa, quando gli sia trasferito il possesso a titolo precario, o la detenzione a causa di locazione. E' da notarsi questa differenza fra le due figure giuridiche: la locazione trasferisce la semplice detenzione, il precario può trasferire la detenzione, ma normalmente trasferisce il possesso giuridico della cosa. E si noti ancora che, se in linea generale non si può prendere in locazione la cosa propria, è perchè il proprietario ha già il godimento della medesima; ma quando questo manca, come nel caso del pegno, viene meno la ragione del divieto.

Ma vediamo la condizione del creditore pegnoratizio che

abbia acquistato il possesso: egli, come possessore, avrà tutti gli effetti del possesso, tranne che per l'usucapione, e quindi potrà tutelarsi con gl'interdetti possessorii.

Nella L. 16 D. *de usurp. et usuc.* XLI. 3, si dice: «Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore, agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas, pertinet, qui accepit, possidet, adeo ut addici possit et possessio eius, qui pignori dedit.» Si deve agire con l'azione *ad exibendum* contro il creditore per lo schiavo che è dato a pegno; perchè colui che ha dato la cosa a pegno possiede solo per l'usucapione: per tutto il resto il possesso appartiene a colui che ricevette il pegno, talchè si può aggiungere anche il possesso di colui che costitui il diritto di pegno.

Per ora interessa studiare la condizione del debitore. Se egli non era proprietario, ma possessore di buona fede, in via di usucapione, consegnata la cosa, s'interromperà l'usucapione? No, perchè il possesso passa nel creditore con tutte le sue ragioni, e per questo riguardo il possesso del creditore è ancora possesso del debitore.

Ma, che cosa vuol significare il giureconsulto, quando dice che si può aggiungere a favore del creditore il possesso del costituente il pegno? Questa evidentemente è una stonatura. Il passo si riferisce all' interdetto *utrubi*, che non esiste più nel diritto giustinianeo: colui che si fosse trovato nell' anno in corso nel possesso della cosa, vinceva, e cosi poteva aggiungere al proprio possesso quello del suo autore. E però questo debitore, rafforzando il diritto di pegno, veniva cosi ad avvantaggiare la condizione del creditore, a favore del quale quel diritto era stato costituito.

Potrà il proprietario che ha dato la cosa in pegno, prendere le disposizioni necessarie a regolarne lo sfruttamento? Egli lo potrà, quando il possesso della cosa sia presso il creditore.

Ma, quando si tratta di ipoteca, in cui il possesso della cosa resta nel debitore, il creditore potrà sperimentare l'azione pignoratizia, tutte le volte che il debitore abusi della cosa, o meglio tutte le

volte che abbia interesse ad agire; « ... Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea » (L 14 D. *de pig. et hypoth*);
specialmente poi quando st tratti di danni arrecati alla cosa.

L. 27 *h. t.*: « Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mors solvit ; et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit, an aliqua actio creditori in debitorem constituendo sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest, persequendum? Quid si cum interfecisset, aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exibendum tenetur, ubi autem interest, quod debilitando, aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat, non existimo indignam rem animadversione et auxilio Praetoris. Ulpianus notat ; si ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur. »

Il debitore per un fatto lievissimo, aveva messo ai lacci uno schiavo dato in pegno: intanto perchè il debito non era soddisfatto, il creditore vendette la cosa : si dovrà dare al creditore contro il debitore qualche azione, perchè quella derivante dallo stesso credito non basta a quello che si può richiedere? Che cosa si dovrà dire se il debitore l'avrà ucciso od accecato? Ove l'abbia ucciso sarà data l'actio *ad exibendum*, e quando l'abbia accecato, sarà dato l' azione per i danni interessi , come nel *damnum iniuria datum*, *l'actio legis Aquiliae utilis* per ciò chè è scemata, col legare e deteriore lo schiavo, la efficacia del pegno. Poniamo che non vi sia azione personale perchè per avventura ha perduta la lite; ritengo che il fatto non sia tale da non richiedere l'intervento del pretore. Ulpiano avverte che se il debitore ha avvinto lo schiavo in ceppi, per far danno al creditore, sarà tenuto, se invece la punizione era meritata, non dovrà rispondere.

E' questo un passo che si spiega , tenendo conto delle punizioni , cui erano soliti andar soggetti gli schiavi in Roma. Quindi si sarebbe dovuto dire in linea generale che il debitore deve rispondere tutte le volte che egli avesse arrecato danno allo schiavo: ma quando questo dovea esser punito, perchè lo meri-

tava, allora mancherà la responsabilità e quindi egli sarà esente dall'obbligo di risarcire i danni.

Sonvi dunque dei rimedii repressivi, a favore del creditore contro il debitore che abusa della cosa, vediamo se vi sono anche dei rimedi preventivi.

L. 9 D. *de pign. et hypoth.*: « Si rem alienam mihi debitor pignori dedit, aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est, locum habere contrarium iudicium. » Se il debitore mi abbia dato a pegno una cosa altrui o si sia comportato maliziosamente, avrà luogo il giudizio contrario. Fermiamoci sul caso in cui il debitore dolosamente abbia posto in essere un fatto tale da peggiorare la condizione del creditore; si dice nel passo che al creditore sarà data l'azione personale contraria.

§ II.

Il debitore ha il diritto di alienare la cosa. È ritenuto tuttavia da alcuni che questo dritto non spettasse al debitore in quanto che il pegno vincolava la cosa in modo da non permetterne l'alienazione. Ma, se é vero che il debitore che aliena la cosa data in pegno è responsabile di furto o di stellionato, questo non toglie che passi la proprietà nel terzo acquirente.

L. 12 Cod. *de distrac. pign.* VIII. 27: « Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam, te non consensiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emtorem. » Se il debitore, senza il tuo assenso, abbia alienato la cosa data a pegno, il dominio passerà nel compratore nella stessa condizione giuridica. Qui è affermato che il debitore ha dritto di vendere o che il dominio passa nel terzo, appunto perchè il pegno è un dritto reale che si può far valere di fronte a qualunque possessore.

E nella L. 18 § 2 D. *de pign. act.*: « Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat, sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit. » Se si vende il fondo dato in pegno, ne resta ferma la causa, perchè il fondo passa nella condizione giuridica in cui si trovava, come avviene pel parto della schiava, nato dopo la vendi-

ta. Dunque la vendita, è affermato recisamente, non può mai pregiudicare le ragioni del creditore pegnoratizio: è chiaro che se questo fosse intervenuto ed avesse dato il suo assenso, il pegno verrebbe meno.

Difatti nella L. 158 D. *de divers. regul. iuris* L 17, si dice: « Creditor, qui permitit rem venire, pignus dimittit. » Invero pare che qui si vada abbastanza oltre: perchè l' intervento del creditore all'alienazione posta alla rinunzia al pegno? Se è vero che il patto deve essere interpetrato restrittivamente, com'è che dal fatto della semplice assistenza o del permesso di vendere, si presume la rinunzia a quel dritto? Certo il creditore non è tenuto ad intervenire, e quindi il suo intervento non può significare che acquiescenza alla vendita; ma ciò non toglie che la disposizione sia eccessiva, e che meglio sarebbe stato lasciare al prudente arbitrio del giudice valutare le circostanze di fatto, e decidere in base ad esse la questione.

§ III.

Il creditore pignoratizio, come abbiamo detto, non può impedire la vendita della cosa data in pegno; anzi, il debitore il quale cerca di potere a buone condizioni vendere la cosa, può, se essa sia nel possesso del creditore pegnoratizio, pretendere che questi la mostri al terzo, che per comprarla ha bisogno di esaminarla: nè il creditore può opporsi.

Tutto questo è conseguenza della natura di buona fede del contratto di pegno. Il debitore può avere interesse ad alienare la cosa in quel momento: il creditore d'altra parte nulla perde in quanto il suo diritto è tenuto fermo.

L. 6 D. *de pign. act.*: « Quamvis convenerit, ut fundum pignoraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is, qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur. Sed Atilicinus, ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum, dicit. Quid enim, si multo minus sit, quod debeatur, et hodie pluris venire possit pignus, quam postea? Melius autem est dici, eum, qui dederit pignus, posse ven-

dere, et accepta pecunia solvere id, quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam, si mobilis sit; prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda, invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanum est. »

Sebbene sia convenuto che a te sia lecito vendere il fondo dato a pegno, tuttavia non potrai essere costretto a vendere, sebbene colui che ha dato in pegno sia insolvente; poichè il patto di vendita è stabilito nel tuo interesse. Ma Atilicino scrive che per circostanze speciali si può costringere il creditore a vendere la cosa, come, per esempio, se quanto è dovuto sia molto meno del prezzo che si potrebbe ricavare vendendo la cosa oggi anzi che dopo. E' meglio però dire che colui che ha data la cosa in pegno possa vendere, e, ricevuto il danaro, pagare il debito, così che il creditore sia nella necessità di mostrare la cosa pignorata, se essa sia mobile; purchè prima si presti cauzione dal debitore con la prestazione del pagamento, imperocchè è abbastanza inumano costringere il creditore a vendere contro la sua volontà.

Questo passo rappresenta un successivo svolgimento di opinioni afferma prima che, quando nella costituzione del pegno si è detto che il creditore possa vendere pel suo soddisfacimento, non però si dice che possa essere costretto a vendere. Ma, vi erano dei riflessi che potevano persuadere che in qualche caso il creditore potesse essere costretto a vendere: e questo è detto da Atilicino. Però, Pomponio professa un avviso diverso: egli dice che non può essere costretto il creditore a vendere; piuttosto sarà lecito al debitore di vendere la cosa.

Ma anche qui poteva intervenire qualche ostacolo da parte del creditore: il creditore indirettamente può impedire al debitore di vendere, non mettendogli a disposizione l' oggetto dato in pegno: ed allora il giureconsulto dice che il creditore sarà obbligato a presentare l'oggetto, purchè gli si dia cauzione.

Dunque, in tesi generale, il debitore non solo può vendere, ma può costringere il creditore a mostrare la cosa ai terzi che vogliono esaminarla per comprarla.

Ma, non è senza conseguenza questa vendita fatta dal debitore: nelle fonti, sotto certi riguardi, questa vendita è qualificata furto.

L. 19 § 6 D. *de furtis* XLVII. 2: « Furtum autem rei pignoratae dominus non tantum tunc facere videtur, quum possidenti, sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendidit, nam et hic furtum eum facere constat; et ita et Iulianus scripsit. »

Il proprietario dello cosa data in pegno si ritiene che commetta furto della cosa medesima, non solo quando la tolga al creditore che la possieda o la detenga, ma anche se l'abbia tolta nel tempo in cui non la possedeva, come per esempio se abbia venduto la cosa pignorata. Questo vuol dire che il debitore il quale ha dato in pegno una cosa e poi l'ha venduta, è colpevole di furto.

Se egli l'ha tolta mentre il creditore pignoratizio la possedeva, è colpevole di un furto vero è proprio, essendovi qui violazione del diritto di possesso; se egli poi possedendo la cosa l'abbia venduta, è certo che in tal caso avrà deteriorata la condizione del creditore al quale spetta anche in quest'ultima ipotesi l' *actio furti*.

Ma da tutto ciò non ne viene che la proprietà non passi: malgrado l'alienazione costituisca un furto, la proprietà passa. Il non aver tenuto distinti questi due lati ha fatto ritenere che qui vi fosse una contraddizione: alcuni credettero a tal proposito che, secondo la legge esaminata, non fosse possibile l' alienazione del pegno da parte del debitore.

Non solo è vero che chi aliena la cosa data in pegno si rende colpevole di furto, ma anche di stellionato.

L. 3 § 1 D. *stellionatus XLVII.* 20: « Stellionatum autem obiici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit, quod obiiciatur; quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in crimininibus stellionatus persecutio. Ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiiciemus. Maxime autem in his locum habet, si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii di-

straxerit, vel permutaverit, vel in solutum dederit; non hae omnes species stellionatus continent ». E' da sapere che si può fare accusa di stellionato a coloro che hanno commesso dolo, nel caso che non si possa imputare un altro reato; imperocchè, quello che è nei giudizii privati l'azione di dolo, nei giudizii pubblici è persecuzione di stellionato.

Come nelle azioni derivanti da delitti civili l'azione di dolo è sussidiaria, poichè si esercita quando non vi sia un'azione di carattere speciale, così è nei giudizii pubblici per riguardo allo stellionato, il quale è molto vario nelle sue figure.

Continua il passo: ogni qual volta adunque mancherà il titolo speciale del reato opporremo lo stellionato: specialmente esso ha luogo in queste ipotesi: se alcuno per caso, dolosamente dissimulando il vincolo pignoratizio esistente sulla cosa, abbia venduto la cosa pignorata ad altri, o con essa abbia fatto una permuta o una dazione in pagamento; imperocchè tutte queste specie contengono stellionato.

Quindi, l'alienare la cosa data in pegno fa sì che il costituente si rende colpevole di stellionato; ma l'effetto civile della traslazione di proprietà è indipendente dalla punizione che la legge abbia inteso infliggere al colpevole.

§ IV.

Potrà dimandarsi se sia lecito pattuirsi dal creditore che il debitore non possa vendere: quale sarà l'efficacia giuridica di una vendita fatta in contraddizione al patto? Si può con efficacia *adversus omnes* stabilire la inalienabilità di una cosa? No, quindi un patto simile dovrebbe avere un'efficacia personale. Questo dovrebbe sembrare; ma, consultiamo un passo.

L. 7 § 2 D. *de distract. pign.* XX. 5: « Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contractus sit posita ideoque venire possit? Et certum est nullam esse venditionem ut pactioni stetur. »

Si domanda quale sia la condizione giuridica di un patto

per il quale non sia permesso al debitore di vendere la ipoteca o il pegno; e se questo patto sia nullo, come contrario al diritto, e quindi si possa vendere la cosa. Ma è certo che la vendita è nulla se vi è il patto. Qui si attribuisce al patto efficacia reale: la vendita è nulla assolutamente. Che diremo di fronte a questo passo? La gran maggioranza degli scrittori si rifiuta di accettare questa conclusione: essi cercano di cambiare il testo per venire in soccorso alla norma generale.

Ma questa è la legge scritta e noi dobbiamo osservarla: può darsi che nella specie si sia attribuita efficacia reale ad un simile patto.

Non è possibile ammettere, come alcuni vorrebbero, una sostituzione nella prima frase del passo e dire *si pactum sit a debitore ne liceat creditori*, imperocchè in altri passi delle fonti noi troviamo che questo patto è perfettamente valido: qui invece si direbbe tutto il contrario.

Si vede però che nell'ipotesi del passo quella decisione è derivata dalla pratica e non è stata ammessa senza contestazioni: per diritto romano adunque il patto è perfettamente valido.

§ V.

Il debitore, appunto perchè conserva la proprietà della cosa ha diritto di costituire su di essa tutti i diritti reali che egli crede di dover costituire: ma, siccome il diritto di pegno è anch'esso un diritto reale, così noi dovremo applicare la massima *prior tempore potior iure*: quindi se è vero in generale che il debitore può costituire sulla cosa tutti i diritti reali, essi non hanno efficacia di fronte al creditore pignoratizio. Così, è pur vero che il debitore può rinunziare a tutti i diritti reali: solo però, questa rinunzia non lederà le ragioni del creditore pignoratizio, il quale ha costituito un pegno sulla cosa con tutte le sue qualità.

§ VI.

B. *Diritti del creditore pignoratizio.* Abbiamo detto che il creditore pignoratizio ha il possesso della cosa, fuorchè per l'usucapione. Che dovremo noi dire in ordine al godimento della cosa?

Può egli trarre vantaggio da questa, usarla, sfruttarla, fare suoi i frutti senza renderne conto, o deve imputare i frutti al debito?

A tal riguardo, abbiamo nelle fonti decisioni che sembrano in contraddizione, ma che in realtà sono conciliabili.

L. 55 pr. D. *de furtis*.: « Si pignore creditor utatur, furti tenetur. » Se il creditore usa del pegno, è tenuto con l'azione di furto. Si avrebbe in tale ipotesi un *furtum usus*.

Questo è detto in modo generale: dovremo noi dire che al creditore è vietato di servirsi della cosa data in pegno? Stando alla lettera della L. 55, qualunque uso della cosa sarebbe un *furtum usus*; ma noi ci troviamo di fronte ad una serie di testi, da cui si ricava che non solo si consente l'uso della cosa al creditore pignoratizio, ma anche il diritto di poterla sfruttare. Occorre perciò vedere quali siano i limiti della L. 55.

Bisogna distinguere i testi accennati in due categorie: quelli che attribuiscono al creditore pignoratizio il diritto sui frutti, salvo ad imputarli sul capitale o sugli interessi, e quelli che negano tal diritto al creditore pignoratizio; dei quali ultimi abbiamo esaminato già un passo.

§ VII.

L. 1 Cod. *de pign. act.* IV. 24.: « Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum, et si sufficiunt ad totum debitum, tollitur actio et redditur pignus. Quod si fructus debitum excedunt, qui superant redduntur, videlicet mota actione pignoratitia. »

I frutti percepiti sono imputati nel debito e, quando copro-

no tutto il debito, l'azione è estinta ed il pegno è restituito; ma, quando i frutti eccedono il debito, la parte eccedente viene restituita.

Vuol dire che il creditore pignorazio ha diritto di far suoi i frutti tenendoli in pagamento, se vuole: ma, può ben rifiutarsi di fare questo computo : *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*.

L. 2. *h. t.*: « Quod ex operis ancillae vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est, debiti quantitatem relevabit. » Ciò che dall' opera della schiava e dagli affitti della casa che dici dei tenere a pegno hai ricevuto, servirà a diminuire la quantità del debito.

Qui si parla non solo dei frutti civili della cosa, come l'affitto, ma anche dell' opera della schiava. Se è lecito al creditore di affittare l'opera della schiava , gli sarà pur lecito di servirsi dell'opera di quella ; quindi il creditore pignoratizio, sotto certi riguardi, ha diritto di servirsi della cosa data in pegno.

L. 3 *h. t.*: « Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus, quos percepit et percipere debuit , in rationem exonerandi debitum computare necesse habet, et si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pignoratitia actione obligatur. » Il creditore che ritenne il fondo vincolato a pegno a sè stesso , deve computare i frutti percepiti e quelli che deve percepire, e, se avrà deteriorato il fondo, sarà tenuto anche per questo con l'azione pegnoratizia.

Due principii sono affermati in questo passo : il primo riguarda l' obbligo del creditore a computare i frutti percepiti e da percepire , il secondo è quello che riflette la responsabilità sua per le negligenze commesse con danno della cosa data in pegno.

L. 12 *h. t.*: « Quominus fructuum , quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione ac residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit , quominus solveretur, oblato et consignato et deposito, pignora , quae in eadem causa durant restituat debitori, nullo spatio longi temporis defenditur. »

Non osta alcuno spazio di lungo tempo a che dei frutti che

il creditore ha percepito della cosa vincolata a pegno, fatto il computo e pagato il residuo del debito medesimo o, se il creditore ha posto ostacolo a che si facesse il pagamento, fatta la offerta con la consegna ed il deposito, il pegno si restituisca al debitore.

Anche qui è la stessa affermazione che i frutti della cosa data in pegno siano percepiti dal creditore che deve imputarli.

Tenuti presenti questi passi che abbiamo esaminati, quale sarà la limitazione da apportare alla L. 55? Bisogna guardare all'intenzione delle parti: se si è voluto costituire un pegno con carattere di semplice garanzia materiale, il creditore non ha diritto di servirsi della cosa; ma se questa volontà non risulta, normalmente si deve ritenere che il creditore abbia voluto far servire la cosa alla sua destinazione.

Tutto dipende dalla intenzione delle parti: ma in quali casi vi è l'una e in quali l'altra intenzione? Bisogna guardare alla natura dell'oggetto dato in pegno: se io ho dato in pegno delle vesti, sono concedute al creditore perchè le indossi? Si, solo quando le cose non hanno carattere di uso personale. In tutti i modi, è sempre valida una dimostrazione di volontà diversa.

L. 37. D. *de acquir. vel amitt.* XLI. 2: « Per servum, qui pignori datus est, creditori nec possessio adquiritur, quia nec stipulatione, nec mandatione, nec ullo alio modo per eum servum quidquam ei adquiritur, quamvis possessio penes eum sit. » Per via dello schiavo dato in pegno, il creditore non acquista il possesso, perchè nè per via di stipulazione, nè per via di mandato, nè per altra via, egli può fare acquisti per mezzo dello schiavo dato in pegno.

Perchè? Se si è dato in pegno uno schiavo pratico in alcuni affari, non può essere egli adibito a tale scopo? Colui che ha uno schiavo in usufrutto può servirsene per conchiudere negozii giuridici: perchè non si dovrebbe dire lo stesso per lo schiavo vincolato a pegno?

Questo si collega direttamente con le condizioni dello stato romano: lo *schiavo di fiducia* raramente si dava in pegno e quindi non si sentiva il bisogno di disciplinare le conseguenze

giuridiche degli acquisti fatti per via di esso. L'usufrutto, invece, nei primi tempi non si limitava solamente alle cose, ma comprendeva l'intero patrimonio, quindi dovevano essere assolutamente compresi gli schiavi di fiducia.

Ma, se sia dato in pegno un negozio con gli schiavi annessi, una nave col *magister navis* che sia pure uno schiavo? In tal caso si acquista per mezzo di costoro, sempre però computando i vantaggi che ne derivassero.

§ VIII.

Una quistione che divide gli scrittori è la seguente: il creditore pignoratizio acquista il dominio di questi frutti?

Alcuni, e fra questi il Windscheid, affermano che il creditore pignoratizio diventa proprietario dei frutti nel momento in cui se ne serve e li consuma.

Altri, invece, ritengono che diventi proprietario con la semplice separazione, come l' enfiteuta, il *dominus*, il *bonae fidei possessor*: e il creditore pignoratizio è nella identica condizione giuridica del *bonae fidei possessor*.

In genere, è vera la prima opinione: ma, sotto certi riguardi, è vera la opinione degli altri scrittori: quando il negozio giuridico costitutivo del pegno mira a costituire un pegno di sfruttamento, allora in base alla convenzione sorge un diritto reale di pegno con facoltà di sfruttare la cosa e quindi i frutti si acquistano con la semplice separazione.

§ IX.

Suppongasi che il debitore avesse contratto un mutuo senza interessi ed avesse dato a garanzia del pegno una cosa fruttifera, senza alcun patto stabilito riguardo ai frutti. Quale sarà la condizione giuridica di questi frutti?

L. 8 D. *in quib. caus. etc.*: « Quum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere. » Quando il debitore si serve

di un mutuo gratuito, il creditore può ritenere, dei frutti della cosa data in pegno, la parte rispondente agl'interessi.

Qui gli scrittori sogliono parlare di un' *anticresi tacita*: quando il debitore consegna una cosa fruttifera ed alla sua volta riceve a mutuo un capitale, si ritiene che abbia voluto attribuire al creditore il diritto sui frutti. Ma questa è una disposizione di diritto positivo, ispirata all'equità.

L'anticresi espressa è presentata nella L. 11 § 1 D. *de pign. et hypoth.*: « Si ἀντίχρησις facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donc illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque; itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti. »

Se sia fatta un' anticresi ed alcuno sia introdotto nel possesso di quel fondo o di quella cosa, egli riterrà il possesso in luogo di pegno fino a quando non gli sia stato pagato il debito, poichè percepisce i frutti a titolo d' interessi o dando in affitto il fondo, o egli stesso percependo i frutti o abitando nella casa: e, pertanto se avrà perduto il possesso gli si suole accordare un' *actio* in *factum*. Qui si tratta di un patto che mira a bilanciare i frutti della cosa con gl'interessi del capitale prestato.

Ma sorge una quistione: quando sia stabilito un patto puro e semplice di tal genere, vi è una costituzione di pegno o una convenzione di carattere particolare?

Nel passo vi è nulla che possa servire a sostegno di una delle due tesi? L'espressione *loco pignoris* ci dice che qui non si parla proprio di un pegno, ma di qualche cosa che tiene luogo del pegno: se si trattasse di un pegno vero e proprio, il creditore non avrebbe bisogno, perduto il possesso della cosa, di proporre un'*actio in factum*.

L. 33. D. *de pign. act.*: « Si pecuniam debitor solverit, potest pignoratitia actione uti ad recuperandam ἀντίχρησιν; nam quum pignus sit, hoc verbo poterit uti. » Se il debitore abbia pagato, per ricuperare la cosa data in anticresi, può valersi dell' *actio pignoraticia*; poichè, quando vi sia il pegno, si può far uso di questa espressione.

Come accordare questo passo col precedente? Noi dovremo dire che è possibile l'una cosa e l'altra: infatti, la convenzione costitutiva di anticresi per sè stessa non implica costituzione di pegno; ma, se sia fatta una convenzione di pegno con insieme l'anticresi, allora siccome vi è il pegno si ha diritto a valersi dell'*actio pignoraticia*. Quindi non vi è affatto contraddizione fra i due passi.

Ma se sia stabilito un patto di anticresi, dovrà dirsi che il creditore abbia diritto di ritenere i frutti, fino alla concorrenza degl'interessi legali o di farli suoi senza alcun limite?

L. 14. Cod. *de usuris* IV. 32.: « Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit, referri quaestionem quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio; non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur. » Se tua moglie ha dato danaro a mutuo a questo patto, che le sia permesso di abitare la casa, in compenso degli interessi, ed a tenore del patto si è servita del suo diritto e non ha prescelto di dare in locazione la casa e tenerne il fitto, si può fare quistione: se avesse affittata la casa, avrebbe potuto ricavare più di quello che porta il tasso normale degli interessi. Tuttavia, poichè avrebbe potuto contrarre a buone condizioni una locazione, non perciò si dovrà dire che è stato pattuito un interesse illecito, sibbene che si è conchiusa una locazione a svantaggiose condizioni. Quando la creditrice avesse goduto della casa, ed il godimento fosse stato più del valore degli interessi, non si dovrà dire che siano stati pattuiti interessi usurarii, ma che sia stata fatta a condizioni svantaggiose una concessione a favore della mutuante.

In altri termini, quando si tratta di anticresi, è il creditore che assume il rischio sopra di sè, riguardo ai frutti: pericoli e vantaggi sono a suo carico, e, qualunque sia l'ammontare dei frutti, esso serve al pagamento degli interessi del capitale; non si limita, come nell'anticresi tacita agl'interessi legali.

E nella L. 17 *h. t.*: « Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut, fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum eventum rescindi placita non possunt. » Se tua madre ha vincolato il suo tenimento presso il creditore a questa condizione, che i frutti dovessero andare a scomputo degl'interessi, questi patti non possono essere rescissi sotto il pretesto che si è percepito più degli interessi a titolo di frutti.

Questo passo ci dice più chiaramente che i frutti devono aver luogo degl'interessi, che è il creditore che ne assume il rischio, onde, per questo riguardo, ci troviamo di fronte ad una specie di contratto aleatorio.

§ X.

Vediamo ora, oltre dei frutti, quali altri vantaggi si possono ricavare della cosa data in pegno.

Il principio generale è indicato nella L. 21 § 2 D. *de pign. et hypoth.*: Quidquid pignori commodi, sine incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet. » Ogni vantaggio o svantaggio, che può venire per caso fortuito in relazione alla cosa data a pegno, spetta al debitore. Sempre per quel principio che dove è il pericolo ivi è anche l'emolumento.

Vediamo ora qualche caso pratico.

L. 63 § 4 D. *de acq. rerum dom.* XLI. 1: « Quodsi creditor invenerit in alieno videbitur invenisse. Partem itaque sibi, partem debitori praestabit; nec recepta pecunia restituet, quod iure inventoris, non creditoris, ex thesauro apud eum permansit. Quae cum ita sint, et cum ex Principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, intra constitutum luendi tempus, pignoris causa vertitur, post transactum autem tempus, thesaurum in eo inventum ante solutam pecuniam totum tenebit; oblato vero intra constitutum tempus debito, quoniam universa praestantur, atque in simplici petitore revocantur, restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui. »

Si tratta del tesoro; ora, qual' è la condizione giuridica del tesoro trovato nella cosa data a pegno? Se l' ha trovato il creditore, si ritiene che l' abbia trovato in luogo altrui, quindi spetterà a lui, come inventore, cioè per la metà. Vediamo che cosa dovrà dirsi per l'altra metà. Posto ciò, dice il giureconsulto, quando il creditore, per decreto del principe, abbia incominciato a possedere come proprietario, *iure dominii*, mentre dura ancora il tempo del riscatto, vige sempre il titolo del pegno; ma, trascorso il tempo stabilito, il tesoro ritrovato prima del pagamento, spetta al creditore come proprietario. Offerta poi la somma dovuta nel tempo stabilito dalla legge, poichè tutto si revoca, così il creditore dovrà restituire del tesoro la metà, restandogli sempre l'altra metà, come inventore. Questo se il debitore riscatti in tempo, perchè altrimenti, poichè il dominio è restato fermo nel creditore, questi potrà ritenerlo per il tutto.

Qui abbiamo un'applicazione del principio che tutti i vantaggi spettano al debitore, come tutti gli svantaggi: il tesoro non è prodotto del fondo, ma in generale ricade sotto il concetto dell'acquisto fortuito.

L. 22 pr. D. *de pig. act* : « Si pignore surrepta furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur; et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione, an debito sit imputandum, videamus? Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est, et traditum; et ita Papinianus libro nono Quaestionum ait. » Se rubata la cosa data a pegno, il creditore ha agito con l'azione di furto, qualunque cosa abbia percepito, dovrà imputare al debito: così dice Papiniano. L'ipotesi del passo è la seguente: il pegno è consegnato al creditore: questi è tenuto a custodirla, e però, quando la cosa pegnorata venga rubata, gli competerà l'*actio furti* per due riguardi; in primo luogo perchè l' azione di furto spetta a chi ha interesse ed il creditore pignoratizio ha interesse per

ciò che la cosa gli serve di garanzia, ed in secondo per la responsabilità che egli ha di fronte al debitore. Ora le conseguenze pecuniarie che il creditore ricava dallo sperimento dell'azione vanno a vantaggio del debitore; e questo è vero, soggiunge il giureconsulto, anche quando il furto sia avvenuto per colpa del creditore. E ragionevolmente, perchè il creditore deve tenere la cosa a garanzia del suo credito: oltre di questo nulla gli spetta. Ma, commesso il furto, quale altra azione, oltre quella di furto, potrà essere intentata? La *condictio furtiva*, la quale può competere al proprietario, malgrado che essa sia un'azione personale e civile, la quale tende al *dare*, a trasferire la proprietà di una cosa (eccezione al principio che non si può *condicere rem suam*). Orbene, anche in rapporto a questo caso si dice che il ricavo della *condictio* debba essere attribuito al debitore, ed a più forte ragione, in quanto che nel primo caso il vantaggio andava a favore del creditore e doveva essere restituito al debitore, laddove qui la *condictio* spetta al debitore e non ci è bisogno quindi di alcuna retrocessione.

Ma vediamo, continua il giureconsulto, se si debba imputare nel debito quello che il debitore stesso ha dovuto prestare al creditore, in forza dell'azione di furto e della *condictio furtiva*. E si risponde negativamente, perchè è il debitore che si è reso colpevole di furto e quindi non gli si può attribuire quel vantaggio, che deriva dall'azione o dalla *condictio*. Lo stesso Papiniano professa quest'opinione.

§ 1 *h. l.*: « Idem Papinianus ait, et si metus causa servum pignoratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat; nam si egerit, quod metus causa factum est, et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit. »

L'ipotesi del passo è la seguente: il creditore avea ricevuto in pegno uno schiavo e poi, spinto dal timore, l'avea dovuto restituire al debitore; allora agisce con l'*actio quod metus causa*. Proposta quest'azione, qual'è il risultato, la condanna a favore di chi andrà? Quest'azione è un'azione arbitraria, una di quelle azioni cioè in base alle quali il giudice nel procedi-

mento *in iudicio* impone al convenuto di dare esecuzione alla domanda dell'attore, e se questo non obbedisce, lo condanna al quadruplo o accorda all'attore il giuramento *ad litem*, sia che il convenuto sia autore della violenza, sia no; ed è anche una *actio in rem scripta*, un'azione personale, ma che si propone contro chi è in rapporto con la cosa. Ora, mentre di regola, se il creditore intenta quest'azione, ed il terzo è condannato al quadruplo, la condanna va a favore del debitore, quando autore della violenza invece è il debitore, la condanna va a favore del creditore, il quale non sarà tenuto perciò ad imputarla nel debito.

§ XI.

Il creditore pignoratizio non soddisfatto ha diritto di vendere la cosa. Ma se è egli è creditore non solo pel credito garantito dal pegno, ma anche per altri crediti, semplicemente chirografarii, quando sia soddifatto del primo credito, potrà ritenere il pegno a garanzia degli altri, oppure sarà dato al debitore, che ha pagato quel debito garantito da pegno, di ritirare la cosa? Il nostro codice (1) riconosce nel creditore pignoratizio il diritto di ritenere la cosa solo per quei crediti chirografarii che sieno scaduti prima di quello garantito da pegno. Vedremo ora come nel diritto romano non si faccia alcuna differenza.

L. 1 Cod. *etiam ob chirog. etc.* VIII. 26.: « Pignus intercedit si novatione facta in alium ius obligationis trastulit nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. At si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.

---

(1) Art. 1888 cap.

Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet; nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. »

Dice il passo: se fra te e chi, diventato posteriormente proprietario del fondo, ha assunto sopra di sè una nuova obbligazione, sia interceduto il patto, che l'istesso fondo fosse vincolato a pegno a favor tuo, conserverai l'azione pignoratizia. Il che vuol dire, che mentre la novazione volontaria distrugge il pegno, nella novazione legale il pegno perdura. Che se tu ti trovi, soggiunge il giureconsulto, nel possesso della cosa, se non ti si restituisce o non ti si fa offerta anche di quel danaro, che è dovuto senza vincolo di pegno, non potrai esser costretto a restituire la cosa data in pegno, in virtù dell'eccezione di dolo. Infatti tu domandi che non si debba dare ascolto ai debitori i quali offrono quel danaro, per cui hanno vincolato il pegno, se non hanno dato garanzia anche per quei danari che hanno ricevuto a mutuo semplicemente.

Dunque se uno ha un credito garantito da pegno, ed è allo stesso tempo creditore per altri titoli, e per questi non ha alcuna garanzia, il debitore, pagando il primo credito, non potrà pretendere la restituzione della cosa: perchè il creditore, è detto nel passo, può ritenere il pegno anche per i crediti chirografarii. Quale il fondamento di questa disposizione?

Si potrà dire che il creditore pignoratizio ha quel diritto di ritenzione perchè si presume che egli, offrendo danaro alla stessa persona del debitore, abbia avuto fiducia non tanto nella persona quanto nella cosa che avea presso di sè? Se fosse così, non si potrebbe giungere allo stesso risultato per quei crediti sorti anteriormente alla costituzione del pegno. Nè qui la disposizione si fonda sull'accordo tacito delle parti, perchè avremmo allora un pegno tacito, cioè un diritto reale, ed a garanzia del debitore l'azione pignoratizia, là dove l'eccezione

di dolo ci dimostra il contrario. Dunque non è questo il concetto della costituzione di Gordiano.

E' da sapere che nei giudizi di buona fede il giudice aveva ampia facoltà: quando vi fossero molteplici rapporti di diritto egli, appunto in base alla equità ed alla buona fede, interveniva a moderarne l'esecuzione. Ora, quando un creditore pignoratizio novellamente ha fatto credito, senza richiedere nuove garanzie, potrà pretendere colui che ha ricevuto il beneficio, di essere liberato col soddisfare il credito garantito da pegno? Sarà onesto tutto questo?

Il giudice quindi, malgrado che *ipso iure* il debitore avesse ragione, interveniva a che questi non agisse in mala fede, ripigliando la cosa. Ma vi è ancora un riflesso di carattere economico, che bisogna tener presente, quantunque meno importante. Di fronte a due persone, l'una che dà i capitali, l'altra che non ha mezzi per soddisfare l'obbligazione, è preferita certamente quella che offre garanzia maggiore; onde la legge viene a tutelare ed a favorire il capitalista, affinchè non vegga frustrate le sue ragioni.

Ma bisogna vedere se tutti i crediti chirografari sono garantiti dal pegno: nel testo si parla di *mutua pecunia* o *pecunia* semplicemente, ma non perciò deve dirsi che solo i danari dati a mutuo sono garantiti e non altri crediti pecuniarii, perchè la ragione è sempre la stessa. Ma se il credito non è pecuniario, si ha diritto di ritenzione? La radice del diritto di ritenzione è nella eventuale compensazione che può aver luogo, quando si vende la cosa pignorata, e però è necessario che si tratti di debiti di egual natura: è probabile quindi che questo diritto di ritenzione si sia fatto strada nella pratica giudiziaria e che Gordiano, in quella costituzione, non abbia fatto che riconoscerlo.

Per esercitare questo diritto occorre che il creditore abbia il possesso della cosa (*si in possessione fueris constitutus*); non lo potrebbe quando avesse perduto il possesso della cosa, o avesse dato questa a titolo di precario o di locazione al debitore.

Il creditore ancora potrebbe rinunziare a questo diritto, quando non vi fosse una speciale ragione d' incapacità.

§ XII.

Garantiti con pegno gl' interessi di un capitale, potrà il creditore esercitare la ritenzione pel capitale stesso?

Vediamo la L. 4 Cod. *de usuris* IV. 32.: « Per ritentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet, cum pignora conventione pacti etiam usuris obstrincta sint. » Col ritenere la cosa data in pegno, si possono garantire gl' interessi, quantunque non sia intervenuta un'apposita stipulazione, e ragionevolmente perchè i pegni sono vincolati, in forza del patto, anche per gl' interessi.

Dunque il diritto di pegno, costituito sul capitale, si estende anche agli interessi, i quali si devono *ex officio*: se vi fosse apposita stipulazione, allora questa costituirebbe un titolo a sè ed il pegno non potrebbe riferirsi anche agl' interessi. Ma giova notare che qui si afferma che la ritenzione è indipendente dalla forma costitutiva, in quanto che il pegno si estende *conventione pacti;* dunque non è il caso di ritenzione, ma di vero pegno.

Ma vediamo il rapporto inverso: data garanzia per gl' interessi, si estende essa al capitale?

La L. 11 § 3 D. *de pign. act.*: « Si in sortem duntaxat, vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia. » Se il pegno è vincolato solo pel capitale o per gl' interessi, pagato quello per cui fu obbligato, il debitore potrà domandare la restituzione. Dunque si dà l'azione pignoratizia, per la restituzione della cosa, quando siano pagati gl' interessi, che il pegno garantiva. Questo passo nondimeno non dice che sia negato il diritto di ritenzione, perchè l'azione pignoratizia non esclude che si possa opporre l'*exceptio doli*, e difatti anche nella costituzione di Gordiano non è detto che si nega l'azione, ma che si può opporre dal creditore un'eccezione.

§ XIII.

Ed ora veniamo al punto vitale dell' istituto del pegno. Il diritto più importante che ha il creditore pignoratizio è il diritto di vendere la cosa data in pegno.

Abbiamo già osservato come in origine questo diritto non spettasse al creditore e come, riguardo al pegno, si fosse fatto quello che si soleva fare per riguardo alla *fiducia*: il creditore di solito pattuiva il diritto di vendere, posteriormente questo patto divenne tanto comune (*pactum vulgare*, dicono le fonti) da costituire uno di quei *naturalia negotii*, di quegli elementi che fanno parte del contenuto del negozio giuridico; onde lo si sottintese.

Anzi la comune opinione va oltre e ritiene che, anche quando sia espressamente vietato, il creditore non soddisfatto abbia diritto di vendere la cosa, dopo avere intimato per tre volte al debitore di pagare.

Contro questa opinione si è sollevata una grave obbiezione, in base ad alcuni passi delle fonti dal Kohler, recentemente accettata dall' Exner e dal Wendt. Questi scrittori dicono che non si può capire come sia tanto essenziale il diritto di vendere, da non ammetterne la esclusione. Il Kohler specialmente dice: perchè non sarà ammessibile che si costituisca il valore della cosa o l'utilità che se ne può ricavare, sfruttandola, a garanzia del credito? Egli così riconosce un pegno di sfruttamento accanto al pegno, che dà diritto di vendere.

Esaminiamo innanzi tutto i passi, per poterci fare un' idea della serietà di quest'obbiezione.

Gaio (II § 64) parla del diritto di vendita che esercita il creditore pignoratizio, a proposito del diritto di vendere che appartiene a persone che non abbiano la proprietà della cosa e dice: « item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. » Il che vuol dire che ai tempi di Gaio la vendita poteva essere effettuata dal creditore pignoratizio, quando vi fosse un patto espresso o tacito.

Giavoleno similmente nella L 74 D. *de furtis* XLVII. 2: « Si is qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignori nihil convenisset, vendidit; aut, antequam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat. » Se colui, che ha ricevuto una cosa in pegno, nulla avendo convenuto sulla facoltà di vendere, abbia venduto, ovvero abbia fatto ciò prima del giorno in cui lo poteva, si rende colpevole di furto.

Fin qui dunque ci troviamo di fronte a testi che non ammettono la vendita se non *ex conventione*.

Nella L. 8 § 4 D. *de pign. act.*, Pomponio così si esprime: « De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineatur. Sed et si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est. » Il patto di vendere il pegno si deve concepire oggettivamente, cioè in modo che tutte le persone vi siano comprese. Ma anche se solo la persona del creditore sia compresa, anche l'erede di lui a buon diritto potrà vendere, se niente in contrario fu stabilito.

In questo caso è tolto ogni dubbio che potrebbe sorgere dall'aver compreso il solo creditore nel patto di vendere. In esso si studia minutamente la formola del patto *de pignore vendendo*, il quale è necessario per esercitare questa facoltà; e si deduce che, se non è compresa la persona nella formola, non le si potrà concedere il diritto di vendere, salvo che si tratti dell' erede; mentre, se si guarda al concetto del giureconsulto, si dovrà dire che chiunque ha un diritto di pegno ha la facoltà di vendere.

L. 14 § 5 D. *de divers. temp. etc.* XLIV. 3: « Item, si mihi pignoris dederis, et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere, idque vendiderim, emtori accessio tui temporis dari debebit, licet invito te pignora distracta sint; iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videris concessisse venditioni, si pecuniam non intulisses. » Del pari se tu hai dato un pegno, e si è stabilito che se tu non pagherai il danaro, a me sarà lecito di vendere il pegno, ed io l' ho venduto, al compratore sarà data l' *accessio temporis*, sebbene i pegni siano stati

venduti contro la tua volontà, imperocchè in quel tempo, sembra che tu vi abbia acconsentito.

Anche qui si dice che il diritto di vendere, che ha il creditore, viene in forza del patto, si fonda sul consenso, sulla volontà dichiarata del debitore.

Vi è una serie di testi appartenenti a giureconsulti del secondo secolo in cui si parla di questo diritto di vendere, come fondato sul solo patto, ed altri testi ancora insistono su questo concetto, che il diritto di vendere derivi dalla sola volontà delle parti.

Basta ricordare la L. 3 D. *quae res pign. etc* XX. 3 in cui appunto si parla di questo rapporto fra primo e secondo creditore pignoratizio, e si dice che il secondo, il quale abbia offerta la somma dovuta, subentra nel posto, nel diritto e nel grado del primo. E si dice fra l'altro: « .... Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor, de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed quum ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici posset, huc usque transire ad eum prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo, saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest. » Dunque, se il primo creditore abbia fatto patto col debitore di vendere la cosa, ed il secondo invece abbia omesso questo patto, non per dimenticanza, ma perchè ciò si volle dalle parti, quest'ultimo non dovrebbe avere il diritto di vendere, ma intanto l'ha: *saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.*

Questo vale per dimostrare che il *pactum de non vendendo* aveva efficacia pratica.

L. 12 § 10 D. *qui pot. in pign., etc.*: « Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendendo convenerit, verius est, priorum potiorem esse: nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem. »

Se una cosa sia vincolata ad ipoteca ad un primo creditore,

ma nulla sia pattuito relativamente alla vendita della cosa medesima, ed un creditore posteriore abbia invece fatto questo patto, è da ritenere che il primo abbia un diritto prevalente; imperocchè, anche relativamente al pegno, se il primo abbia fatto convenzione di pegno, sebbene la cosa sia consegnata al secondo, il primo avrà un diritto prevalente.

O che si tratti di ipoteca o che si tratti di pegno, prevale sempre il diritto di chi ha prima pattuito.

L. 4. Cod. *de pign. act.* IV. 24.: « Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pignoratitiam actionem.» Il patto usuale, presentato alla decisione dell'imperatore, che se in un tempo non fosse pagata la somma, fosse lecito vendere il fondo dato in ipoteca, non toglie al debitore verso il creditore l'azione pignoratizia.

Anche qui si parla di questa facoltà di vendere come derivante da un patto: *pactum vulgare,* patto solito, usuale.

§ XIV.

Finora tutta la serie dei testi non ci ha detto che il *pactum de non vendendo* fosse tacito; il diritto di vendere deriva da un patto che talvolta è pur sottinteso; ma se le parti vogliono escludere questa facoltà, l'esclusione sarà valida, ed il venditore che venda contrariamente al patto, sarà ritenuto colpevole di furto.

L. 4. D. *de pign. act.*: « Si, convenit de distrahendo pignore sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distraendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat et cessaverit. » Se si sia fatto il patto della vendita del pegno, sia da principio, sia dopo, non solo il patto è valido, ma il compratore incomincia ad a-

vere il dominio della cosa. E, se non si sia fatto questo patto, tuttavia è diritto ricevuto, che sia lecito vendere, a meno che non si sia pattuito che si possa vendere; che se poi si pattui che non potesse vendersi e il creditore vendette, egli è tenuto per furto, *nisi ei ter fuerit denunciatum ut solvat et cessaverit.*

In quest'ultima ipotesi, il creditore può vendere, ma prima è necessaria una triplice denunzia al debitore, senza della quale egli è tenuto per furto.

La gran maggioranza degli scrittori ritiene che il creditore sia colpevole di furto, perchè ha venduto malgrado il patto; ma tuttavia essi dicono, la proprietà passa all'acquirente. Ma, altri osservano che, appunto perchè non passa la proprietà, si rende colpevole di furto.

La questione dev'essere così posta: il creditore, che abbia pattuito di non vendere e che abbia poscia per tre volte denunciato di voler vendere, potrà essere ritenuto colpevole di furto? No: manca l'intenzione di *lucrum facere*, la *contrectatio rei fraudolosae;* nè si può dire che chi viola il patto e vende ha intenzione di arricchirsi a spese altrui. Ma, la proprietà non passa: la comune opinione che dice che mediante questa semplice denunzia si evita l'accusa di furto e si può trasferire la proprietà, dice cosa che il passo non dice. Ed allora, a questo punto si può riannodare un altro passo, in cui è detto che è valido il patto col quale il creditore promette al debitore di non vendere la cosa (L. 7 § 2 D. *de distrac. pign.* XX. 5): questo si riferisce al patto fra debitore e creditore per cui il creditore promette di non vendere.

E' certo che in tutti gli altri passi è conchiuso che il diritto di vendere si fonda sul patto e che il patto che non si possa vendere dev'essere rispettato.

Che poi si debba ritenere valido il patto anche in questo caso, risulta dal paragone che si può fare con un passo delle sentenze di Paolo.

II (13 § 5): « Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore, cre-

ditor denuntiare ei solemniter potest et distrahere ; nec enim ex tali conventione fiduciae actio nasci potest. » Se tra il creditore ed il debitore si convenne che al creditore non sia lecito vendere la cosa data a fiducia, quando il debitore non paghi, il creditore può denunziare solennemente al debitore l' intenzione di vendere, e vendere: nè infatti da una tale convenzione può nascere un'azione.

Questa sembra contraria all'opinione nostra, perchè, quando si tratta dell'antica forma di pegno, in cui il creditore acquista la proprietà della cosa, il patto è assolutamente nullo. Ma questo si spiega quando si pensi che il creditore, nella *fiducia*, diventa proprietario della cosa e quindi il patto per cui non possa vendere è assolutamente nullo; ma, nel pegno il creditore non ha la proprietà della cosa.

Dunque, è preferibile la opinione di coloro che sostengono che il *pactum de non vendendo* sia valido, tanto più che nulla vieta a che le parti convengano che la garanzia consista nello sfruttamento della cosa.

§ XV.

Il creditore ha diritto di vendere la cosa e, vendendola, ne trasferisce la proprietà nel compratore.

Ma, qui si presenta una difficoltà: come mai il creditore può trasferire la proprietà in altri? Vi sono diverse opinioni a tal riguardo.

Alcuni dicono: il creditore è rappresentante del debitore: egli vende per conto proprio, ma a nome e nell' interesse del debitore medesimo, il quale col patto espresso o tacito, col semplice silenzio, gli ha concesso questo diritto di soddisfarsi col valore della cosa: effettivamente, chi vende qui è il debitore.

No, dicono altri: se realmente il creditore fosse il rappresentante del debitore, questo potrebbe sempre revocare il mandato ed impedire al creditore di vendere: il creditore vende per diritto proprio; fa valere il diritto proprio e questo diritto mira alla vendita della cosa.

Le opinioni sono conciliabili: vediamo quello che dicono i giureconsulti. Il passo di Gaio, al quale abbiamo poco innanzi accennato (1), comincia a dire qualche cosa sulla quistione «.... item creditor (alienare potest) pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri quod voluntate debitori intelligitur pignus alienari.... » Il creditore può alienare in base al patto, sebbene la cosa non sia sua; ma questo forse avviene per ciò che si ritiene che l'alienazione del pegno si verifichi per volontà del debitore.

Dunque, Gaio qui si esprime in termini chiari: l'alienazione ha luogo per volontà del debitore, appunto perchè egli con quel patto ha permesso la vendita. Ma non basta: nella L. 29 D. *fam. ercisc.* X. 2, meritano attenzione le ultime parole: «.... Sed et huius rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset... » Qualunque atto giuridico sia posto in essere dal creditore pignoratizio sulla cosa data in pegno si deve ritenere consentito dal debitore, come se questi avesse agito per via di procuratore.

Un altro passo suffraga questo concetto: L. 42 D. *de pignor. act.*: « Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superflum pretii cum usuris restituat, iure cogitur: nec audiendus sit, si velit emtorem delegare, quum in venditione, quae fit, ex facto suum creditor negotium gerat. » Il creditore, con l'azione che si propone nel caso di pegno vero e proprio, è costretto legalmente a restituire il superfluo con gl'interessi, nè si dovrà consentire alla sua domanda di voler delegare il compratore, perchè nel fatto della vendita egli ha amministrato un suo affare.

E' dunque il creditore che deve rispondere del pagamento, perchè nella vendita che ha fatto della cosa data in pegno, egli gerisce l'affare proprio. Qui sembra che Paolo sia a favore della seconda opinione. Anche in altri passi si dice che il creditore *iure suo utitur*.

---

(1) Pag. 326.

Le due opinioni, ripetiamo, sono conciliabili: vi è contraddizione nel fatto che il creditore agisca a nome del debitore e nell'interesse proprio? Si può dare mandato ad uno nell' interesse proprio: *mandator in rem suam*. Ed appunto perchè il mandato è dato nell'interesse del creditore, non segue le regole del mandato che può essere revocato, ma deve essere rispettato dal mandante.

Occorre notare a questo proposito che, siccome si tratta di vendita fatta a nome del debitore, è del debitore la responsabilità per i casi di evizione.

§ XVI.

Oltre al patto del quale abbiamo finora parlato, ve n'è un altro importantissimo ed è il *pactum commissorium* o *lex commissoria*. Esso è una clausola risolutiva espressa, in forza della quale si stabilisce che se il creditore non sarà pagato alla scadenza, riterrà la cosa a soddisfacimento del credito stesso: questo patto dava luogo a gravi inconvenienti e Costantino lo proibì come usurario.

L. 3 Cod. *de pact. pign.* VIII. 34.: « Quoniam inter alias captiones precipuae commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet, infirmare eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac santione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, iubemus recuperare, quod dederunt. » Poichè fra tutti gli altri inganni cresce l' asprezza del patto commissorio nel pegno, è piaciuto annullarlo e toglierne il ricordo per l'avvenire. Se alcuno pertanto sia travagliato da un contratto simile, respiri con questa sanzione che ne leva di mezzo i passati ed i presenti, e proibisce i futuri. Ordiniamo che i creditori, perduta la cosa, possano recuperare soltanto il loro diritto.

Costantino, adunque, tolse qualunque effetto a questo patto commissorio: non solamente lo proibì, ma diede alla sua dispo-

sizione effetto retroattivo, distruggendo l'efficacia dei patti già costituiti.

Come si può togliere effetto a questo patto, se il creditore non ha bisogno di agire contro il debitore? Agirà il debitore contro il creditore, proponendo l'azione di revindica, o anche l'azione derivante dal contratto di pegno ed offrendo il danaro.

Costantino dunque dichiarò nullo il patto commissorio, dando alla legge effetto retroattivo; e però la costituzione in parola, appunto perchè crea un diritto singolare, deve essere intesa entro limiti ristretti. La ragione della disposizione è in ciò, che il debitore sarebbe in balia del creditore, quando questi pattuisse di tenere senz'altro la cosa, in caso di non soddisfacimento; lo scopo è quello di tutelare il debitore contro un comportamento usurario del creditore, perchè è strano che anche che siano pattuite le usure, quando al creditore sarà dato di tenere una cosa presso di sè e questa sia di gran valore, quelle usure verranno ad aumentare. Tuttavia non è coerente il legislatore nel proibire il patto commissorio, quando riconosce una sconfinata libertà nella stipulazione degl'interessi.

Non rientra nel divieto della costituzione una vendita fatta in forza di precedente convenzione al creditore per un prezzo stabilito, o la cui determinazione è lasciata al giudice ovvero ad una persona esperta, a modo che il creditore non soddisfatto, venga a pagarsi sul prezzo della cosa: qui scompare ogni pericolo per il debitore il quale vien tutelato per l' intervento dei terzi.

§ XVII.

Ed ora occupiamoci più direttamente della vendita della cosa data in pegno e dei requisiti di essa.

1.° È necessario che il debito sia scaduto, in quanto che il diritto di vendere è un rimedio che si dà per mancanza di pagamento, la quale non può aversi se non quando il debito sia scaduto, e però se il creditore ha accordato una dilazione al pagamento, s'intenderà che il pegno non può esser venduto se

prima non trascorri quel tempo. Questo principio è confermato dalla L. 4 D. *de distrac. pign.* XX. 5: « Quum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur. » Quando per patto sia prorogato il giorno del pagamento, s'intende convenuto che non si possa esercitare prima la facoltà di vendere.

E nella L. 5 § 1 D. *quibus modis pign.* XX. 6: « Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse. » Quando il creditore conviene di non richiedere il pagamento se non fra un anno, si intende che lo stesso patto sia stato fatto anche per l'ipoteca. Supponiamo un debito il quale non abbia una scadenza unica, ma che scada a rate; il creditore potrà esercitare il diritto di vendita dopo la scadenza della prima rata, ovvero dovrà aspettare che anche le altre siano scadute? Normalmente si deve dire che non appena vi è mancanza di soddisfazione si ha diritto di vendere; e però, nel dubbio, ove non vi sia una contraria volontà, si dovrà dare al creditore il diritto di esercitare la vendita, quando sia scaduto il primo termine; tuttavia è sempre una questione di fatto, che si dovrà decidere.

A tal riguardo, è uopo esaminare la L. 8 § 3 D. *de pign. act.* ove sono registrate due forme diverse: « Si annua, bima, trima die, triginta stipulatus, acceperim pignus, pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere *eam* mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere; quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent, sed omnibus pensionibus praeteritis etiam si una portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, *si qua pecunia sua die soluta non erit*, statim competit ei pacti conventio. » Se, avendo stipulato trenta a rate di uno, due e tre anni, io abbia ricevuto un pegno ed abbia stabilito, che, qualora il danaro non sia pagato alle scadenze singole, a me sia lecito di venderlo (1), è ammesso

(1) Si noti quest'*eam*, che, riferito a *pignus*, è proprio una sgramma-

che, prima della scadenza di tutte le rate, io non posso vendere il pegno, perchè in quella formola sono comprese tutte le rate. Nè si può dire che il danaro non è stato pagato alle singole scadenze, chè, anche se una parte sola non è pagata, si deve ritenere che tutto il danaro non sia stata pagato. Invece se fosse scritto: se qualche somma non sia pagata alla scadenza; subito s'incorrerebbe nelle conseguenze, derivanti dal patto.

Il giureconsulto quindi, con una finezza d' interpetrazione, deduce il diritto di vendere solo nel secondo caso, nel quale si dice *qua pecunia;* mentre nel primo si parla in generale di *pecunia:* nel primo caso la formola è chiara e non può dar luogo a dubbi, e quindi il creditore non avrà diritto di vendere, se non sia soddisfatto soltanto di una rata.

Questo perchè espressamente è voluto dalle parti, ma ciò non toglie che il creditore normalmente abbia diritto di vendere, se non è soddisfatto anche di una sola rata: soltanto, dopo che ha venduto, dovrà restituire il superfluo al debitore?

Suppongasi, per esempio, come nel caso del passo, che il debitore debba trenta a scadenza di una, due, tre rate (convenzione solita in tema di dote), e che il creditore, abbia avuto più pegni; esercitato il diritto di vendere su uno di questi, è naturale che abbia diritto a tenere gli altri pegni, cioè il superfluo, a garanzia del pagamento delle altre rate, il quale veramente non è più superfluo, in tale caso. Ove si ammettesse una diversa soluzione, si verrebbe a rendere frusfraneo lo scopo del contratto di pegno.

Nella L. 8 § 1 *h. t.*, si dice: « Si pignori plura mancipia data sint, et quaedam certis pretiis ito vendiderit creditor, ut evictionem eorum praestaret et creditum suum habeat, reliqua mancipia potest retinere, donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum. » Se siano dati più

---

ticatura. Questo dimostra come il passo, nell'antica connessione, appartenesse alla *fiducia*: i compilatori, nel sostituire la parola *pignus* a *fiducia*, fecero rimanere immutato il pronome che vi si riferiva; di simili errori di compilazione troviamo molti esempii nelle fonti.

schiavi a pegno ed il creditore ne abbia venduto alcuni a certi prezzi, a modo da assumerne l'evizione, e conservi il suo credito, potrà ritenere gli altri schiavi, finchè non si garantisca di tenerlo indenne della promessa che egli ha fatto.

Ora, come qui si dice che il creditore ha diritto di ritenere quegli schiavi, che non ha venduto, per garantirsi della responsabilità per evizione che egli ha assunto di fronte al compratore; così, per analogia, nel caso nostro, il creditore, che ha venduto, perchè non soddisfatto della prima rata, potrà ritenere il superfluo a garanzia del pagamento delle altre rate; ed a più forte ragione, in quanto si tratta di un obbligo effettivo e non eventuale come nella ipotesi della L. 8 § 1, testè esaminata.

§ XVIII.

Si è molto disputato fra gli scrittori se occorre che il debitore sia messo in mora, perchè alla scadenza il creditore possa esercitare il diritto di vendere. La gran maggioranza ritiene di no; e veramente nessuna soluzione è data dalle fonti: in esse si richiede solo un' intimazione al debitore, come requisito per la validità della vendita, che ha tutt'altro scopo. L'opinione contraria del Dernburg, poichè non ha sostegno nelle fonti, non può essere accolta.

Un altro punto su cui si discute, è se il credito debba essere liquido. Certamente non si potrebbe addivenire ad una vendita, se non si sapesse l' ammontare del debito, ma nulla vieta che il creditore possa far liquidare il debito dopo la vendita. Non potrebbe in ogni caso addivenirsi alla vendita, quando il debitore non potesse opporre dilazione al pagamento o proporre eccezioni litigiose, ovvero vi fosse in realtà la possibilità di dover meno o addirittura nulla: in questi casi la vendita non potrebbe esser valida.

L. 5 Cod. *de distrac. pign.* VIII. 27: « Si residuum debiti paratus es solvere, praeses provinciae dabit arbitrum, apud quem quantum sit, quod superest ex debito, examinabitur, et sive ad iudicem venire adversa pars cessaverit, sive oblato su-

perfluo ad venditionem profiluerit, improba alienatio proprietatis tuae ius non aufert. » Se tu sei pronto a pagare il residuo del debito, il preside della provincia darà un arbitro, presso il quale si esaminerà quanto sia ciò che resta del debito, e, sia che la parte contraria si sia mantenuta contumace, sia che abbia offerto il dippiù ricevuto dalla vendita, quest'alienazione ingiusta non pregiudicherà il tuo diritto di proprietà. È questo il solo passo in cui eccezionalmente si ammette che si debba liquidare il debito.

§ XIX.

2.° Occorre che alla scadenza il debito non sia soddisfatto: E se alla scadenza il debitore offre il danaro al creditore e questi non accetta, non potrà addivenirsi alla vendita, quando il debitore abbia fatto seguire all'offerta reale anche il deposito.

L. 2 Cod. *debit. vend. etc.* VIII. 29: « Debitoris denunciatio, qui creditori suo, ne sibi pignori obligatam distrahat, vel his, qui ab eo volunt comparare, denunciat, ita demum efficax est, si universum tam fortis, quam usurarum offerat debitum creditori; eoque non accipiente, idonea fide probationis ita et oportet, depositum ostendat. ». La denuncia che fa il debitore al creditore di non procedere alla vendita, perchè è pronto a pagare, ha tutta l'efficacia, quando il debitore offra capitale ed interessi e comprovi, quando il creditore non abbia accettato, di avere eseguito il deposito.

Da questo passo, malgrado che in altri si parla solo di offerta, si ricava evidentemente che non basta l'offerta reale, ma che essa dev'esser completata col deposito. Solo in questo caso può dirsi che il creditore è stato soddisfatto, e che il creditore non ha diritto di vendere.

3.° Prima di vendere, il creditore deve procedere ad una denunzia solenne, che ha per iscopo, come dicemmo, non di porre in mora il debitore, ma di avvertirlo che incominciano le operazioni di vendita, perchè possa sorvegliare e adoperarsi perchè si presentino i compratori. Questa denunzia come risulta dalla L. 4 *de pign. act.*, dev'essere triplice, quando vi sia il *pactum*

de non vendendo: altrimenti la vendita è nulla. Ma a tal proposito è da notare che molti scrittori ritengono che le parole relative a questa triplice denunzia sieno interpolate, e che questa proposizione eccettuativa, che comincia col *nisi*, elemento restrittivo sempre sospetto, debba considerarsi come un'aggiunta dei compilatori.

Certo si è che nel diritto giustinianeo occorreva quella triplice denunzia.

Ma, quanto tempo deve trascorrere fra l'una e l'altra denunzia?

Alcuni ritengono che basta ripetere la denunzia tre volte, successivamente, altri che occorre un intervallo di dieci giorni, che è il termine fissato dal pretore in casi analoghi, altri infine che tutto dipende dall'arbitrio del giudice. E' da osservare che la vendita non si effettua per via del giudice; il giudice può intervenire soltanto per vedere se si è fatto ossequio alle norme d'equità, quando il debitore si ritenga leso, per non essere scorso tempo sufficiente, e domanda il risarcimento dei danni.

§ XX.

Effettuata la denunzia, occorre che trascorra un biennio; bastano due mesi di tempo invece, se si tratta di *pignus in causa iudicati captum.* Per le cose fiscali occorre poi l'asta pubblica: normalmente, quando non vi sia particolare convenzione, basta vendere la cosa a trattative private.

Spetta al creditore di scegliere il modo con cui deve effettuarsi la vendita, ma di solito questo era l' *auctio*, una specie di vendita ad incanto ma a trattative private. E' da notare che questa vendita privata ad incanti era molto diffusa nella vita romana, ed ad essa si faceva sempre ricorso appunto per trovare condizioni vantaggiose, dal buon padre di famiglia, il quale si dice, deve essere *vendax,* non *emax.* Si vendeva agl'incanti dall'erede, del coerede nel procedersi alla divisione, da chi voleva fornirsi di capitali per intraprendere speculazioni o per acquistare un fondo, ovvero per pagare o restituire la

dote, e così via. Ed anche nelle commedie di Plauto si fa menzione dell'accoglienza che di solito avevano nel pubblico queste vendite, e della grande pubblicità che ne seguiva. Si soleva mandare in giro un *praeco* (*praedicare auctionem*) ovvero affiggere delle *tabulae* (*proscribere auctionem*), ove era indicato il nome di colui che vendeva, il giorno, l'ora, il luogo e le condizioni della vendita. Il *praeco* era l'anima di questa *auctio*: era egli che regolava la vendita, che l'apriva col proporre il prezzo, il quale poteva sempre aumentare fino al momento dell'*addictio*, finchè la cosa cioè non fosse aggiudicata al maggiore offerente.

Nell'*auctio* dunque la vendita si perfeziona quando il *praeco* fa l'*addictio* all'ultimo offerente: fino a quel momento vi è completa libertà di recesso e da parte dell'offerente e da parte del *praeco*.

Vi è fra i moderni una gravissima disputa intorno al modo di considerare quest'*auctio*: i moderni, ogni volta che si trovano di fronte ad istituto del diritto romano di carattere pratico, si propongono di ricercarne l'ultima *ratio*; ma i Romani guardavano solo l'effetto pratico di un determinato istituto senza preoccuparsi delle ragioni.

Alcuni fra i moderni scrittori dicono: nell'*auctio* vi è una offerta di contrattare *in incertam personam*: chi fa l'*auctio* promette di rendere a quella determinata condizione. Il terzo intervenuto viene per tal modo ad accettare l'offerta fatta dal venditore.

Ma la conclusione di tutto questo sarebbe che il promittente deve ritenersi vincolato finchè non si disdice: e ciò non è.

Le cose vanno più semplicemente: è uno che si rivolge al pubblico perchè faccia egli stesso delle offerte, salvo ad accettarle: non è però nessuna delle parti vincolata: il contratto sorge quando sorge l'accettazione da parte di ambedue.

In realtà, i Romani stabilirono queste modalità senza darne spiegazione.

§ XXI.

È necessario ricordare una opinione la quale porta a gravi conseguenze pratiche: è del Mommsen. Egli dice: il vero venditore in questo *auctio*, non è colui per il quale si fa l'*auctio*, ma l' *argentarius* che procede alla vendita, il quale aveva in Roma, fra le altre facoltà, quella di convocare queste *auctiones*.

Gaio (IV. 146) indicava l' *argentarius* come quello che propone l'*actio ex stipulatu*: e da ciò il Mommsen afferma che, se è nel nome dell'*argentarius* che si fa la vendita, anche colui il quale mette la cosa all'incanto può fare l'offerta, essendo egli una persona diversa dell' *argentarius*, che esegue la vendita.

Molte obbiezioni si sono fatte al Mommsen; ma non si può in alcun modo negare che colui che fa l'*auctio* presso i Romani è sempre l'*argentarius*; e se vi sono scrittori giuridici e non giuridici che, parlando di questo *auctio*, dicono che essa si facesse nell'interesse del vero debitore, dalle affermazioni di costoro null'altro si può ricavare che il concetto che i Romani mirarono al lato sostanziale di una cosa.

§ XXII.

Vi era intanto la consuetudine di pagare in contanti; se non si pagava in contanti e nulla era stabilito, si accordava una dilazione di favore di non più di dieci mesi pel pagamento: e, d'ordinario, il compratore, qualunque fosse il prezzo della cosa doveva dare un centesimo del prezzo medesimo a beneficio del *praeco*.

§ XXIII.

Ma non è escluso che il creditore pignoratizio si potesse servire di altri mezzi: l'importante è che egli proceda con perfetta buona fede: e ciò, appunto in conseguenza del carattere di-

buona fede del contratto di pegno (*ut inter bonos bene agere oporteret*). Questo modo di comportarsi comincia da quando egli si decide a vendere ; ma il decidersi non è nell' interesse del debitore : tutto è lasciato al perfetto arbitrio del creditore, il quale *suum ius exequitur*.

Nella formola relativa alla *mancipatio fiduciaria* è accennato a questa facoltà che ha il creditore di vendere quando egli crede, (*ubi et quo vellet*) : e poi si dice che il creditore che ha la cosa a fiducia (nella specie, un fondo con degli schiavi) può vendere il fondo con degli schiavi o qualunque egli creda fra gli schiavi.

Il creditore, però, deve sempre procedere di buona fede e quindi, occupandosi principalmente dell'interesse suo, non deve tralasciare l'interesse del debitore.

Per esempio: il creditore vende la cosa a trattativa privata a condizione che se entro un mese si presenterà un maggiore offerente, *res inempta sit*.

Se davvero si presenterà una maggiore offerta, sarà tenuto il creditore ad accettarla assolutamente ? No : egli vedrà se la persona è solvibile , se si tratta di un ripiego escogitato dal debitore per prendere tempo, ed in base a questo esame accetterà l'una o l'altra offerta che gli sembri migliore.

Abbiamo detto che il creditore è tenuto a vendere con buona fede, e se nell' esecuzione della vendita egli si è reso colpevole di dolo, la vendita non è nulla : egli esercita un diritto proprio e questo basta perchè la vendita sia valida. Vuol dire che il debitore non dovrà troppo aver fede nel creditore; ma il terzo di buona fede ha diritto di avere la proprietà della cosa.

E se il terzo sia partecipe della frode ? Allora la vendita sarà nulla : qui vien meno il diritto del terzo perchè egli è pure responsabile : il debitore avrà un' azione in prima linea contro il creditore , e , nel caso in cui non bastasse con questa a rivalersi, potrà agire contro il terzo partecipe della frode.

L. 7 Cod. *de distract. pign.* VIII. 27. : « Si cessante solutione creditor, non reluctante lege contractus, ea, quae sibi pignora

nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est, quum, si quid in ea re fraudolenter fecerit, non emtor a te, sed creditor conveniendus sit. « Se il creditore mancando il pagamento, poichè la convenzione non lo vietava, vendette le cose che gli erano state date a pegno, è iniquo revocare la vendita, poichè, se ha fatto qualche cosa con frode circa la vendita, da te non deve essere chiamato in giudizio il compratore, ma il venditore. Occorre però come dice il passo, che non osti la *lex contractus*.

L. 4. Cod. *si vend. pign.*, *etc.* VIII. 29.: « Quum contra fidem venditionem obligatae possessionis a creditore factum alleges, non observatis, quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, adito praeside provinciae experire actione competente non tantum adversus creditorem, verum etiam adversum possessorem, si fraudem eum partecipasse cum creditore docere potueris, ut revocatis, quae mala fide gesta constiterit, et fructuum ratio et damni, quod irrogatum apparuerit, habere possit. »

Poichè tu affermi che fu venduta dal creditore contro la buona fede la cosa a te vincolata a pegno, non essendo state osservate le condizioni che si sogliono osservare nella vendita del pegno, adito il preside della provincia, avrai potere di sperimentare l'azione competente, non solo verso il creditore ma anche verso il possessore, se potrai dimostrare che questi fu partecipe della frode col creditore, così che, revocate le cose fatte in mala fede, si tenga conto dei frutti e dei danni.

L. 3 *h. t.*: « Si uxor tua praesidi probaverit, quum aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii, per gratiam aureis viginti creditorem venumdedisse, eumque solvendo non fuisse, iubebit emtores recepto pretio restituere servos. » Se tua moglie avrà provato davanti al preside della provincia, che dovendo trenta scudi oro, il creditore abbia venduto per venti gli schiavi di maggior valore, vincolati a pegno, e abbia pure provato l'insolvenza del creditore, comanderà al compratore, ricevuto il pegno, di restituire gli schiavi.

§ XXIV.

Chi può comprare la cosa venduta dal creditore in queste *auctiones* o in genere? Potrà comprare il debitore?

L. 39 D. *de contrah. emtione* XVIII. 1.: « Si debitor rem pignoratam a creditore redemerit quasi suae emtor actione ex vendito non tenetur, et omnia in integro sunt creditori. » Se il debitore abbia riscattato dal creditore la cosa vincolata a pegno come compratore di cosa sua non sarà tenuto con l' azione della vendita, e però il creditore riterrà integre le cose.

Il principio è questo: *emtio rei suae esse non potest*: la vendita è assolutamente nulla, e i danari pagati verranno ad essere computati nel debito.

L. 40 pr. D. *de pign. act.*: « Debitor a creditore pignus, quod dedit, frustra emit, quum rei suae nulla emptio sit; nec si minoris emerit, et pignus petat, ant dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur. » Il debitore invano avrà comprato dal debitore la cosa che gli diede a pegno, poichè è nulla la compra della cosa propria: e, quando egli avrà comprato per un prezzo inferiore all' ammontare del debito, non può domandare la restituzione del pegno, nè rivendicare il dominio della cosa, perchè il creditore non può essere costretto a restituire la cosa a chi non gli ha pagato l'intero debito.

§ XXV.

Può comprare il creditore pignoratizio?

L. 10 Cod. *de distract. pign.* VIII. 27.: « Et qui sub imaginae alterius personae, quam supposuerat, iugiter tenet, quum sibi negotium gerat alienasse non videtur. » Dunque l' alienazione qui è nulla.

Così pure nelle sentenze di Paolo, II (13. 4).: « Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore com-

paraverit, emtio non videtur: et ideo quandoque lui potest. Ex hoc enim causa pignoris vel fiduciae finiri non potest. »

Se il creditore, contro la volontà del debitore, abbia comprato per interposta persona la cosa che gli è vincolata a pegno, non vi sarà compra e il debitore potrà riscattare la cosa.

E qui si presenta una quistione: se la vendita è fatta per via di *auctio*, potrà il creditore concorrere? Le fonti nulla dicono direttamente, ma da altre prove risulta che nell'*auctio* il creditore può farlo.

Il debitore invece non può farlo, perchè egli, offrendo il danaro, non compra la cosa, ma paga il debito.

§ XXVI.

A questo proposito bisogna vedere se il fideiussore o il creditore pignoratizio posteriore possano comprare la cosa data in pegno. La quistione è risoluta in alcuni passi delle fonti, importantissimi, perchè segnano il punto di vista decisivo per la soluzione.

L. 2. D. *de distract. pign.* XX. 5.: « Fideiussor conventus officii iudicis adsecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susceperit; nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis, facultas erit, nam huiusmodi venditio transferendi pignoris causa, necessitate iuris fieri solet. » Il fideiussore, chiamato in giudizio, ha ottenuto, *officio iudicis*, che a titolo di compra, acquistasse il fondo dato in pegno. Tuttavia all'altro creditore, che in seguito ha contratto col debitore per lo stesso pegno, sarà data facoltà di offrire il danaro, che il fideiussore ha pagato con gl'interessi *medii temporis*, giacchè una vendita di questo genere suole aver luogo per trasferire il pegno.

Nell'ipotesi del passo, è il fideiussore il compratore. Ora, se la vendita fosse valida, la conseguenza necessaria sarebbe che, liberata la cosa, il pegno scomparirebbe, e con esso tutti i pegni posteriori. Invece si dice, malgrado che il fideiussore

abbia comprato la cosa, il creditore posteriore ha il diritto di fargli offerta del danaro, di esercitare cioè quello stesso *ius offerendi,* che aveva di fronte al primo creditore.

Così nella L. 5 § 1 *h. t.*: « Si secundus creditor, vel fideiussor, soluta pecunia, pignora susceperint, recte iis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerunt. » Se il secondo creditore ovvero il fideiussore, pagato il danaro, abbiano acquistato i pegni, giustamente si può fare loro offerta, quantunque quelli siano ritenuti a titoli di compra.

Dunque, non solo quando l'aquisto è fatto dal fideiussore, ma anche se è fatto dal secondo creditore si può esercitare lo *ius offerendi*, perchè si ritiene che il compratore non tanto abbia voluto acquistare dal creditore definitivamente la cosa, quanto la condizione giuridica di lui.

E nella L. 6. *h. t.* Quum posterior creditor a priore pignus emit, non tam adquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa, intelligitur pecuniam dedisse; et ideo offerri ei a debitori potest. » Quando il creditore posteriore ha comprato il pegno dal creditore anteriore, s'intende non tanto abbia dato il danaro allo scopo di acquistare il dominio della cosa, quanto di conservare il pegno per sè, e però si può fare l'offerta dal debitore. E si capisce che tanto il fideiussore quanto il secondo creditore non possono comportarsi in mala fede verso il debitore. Essi devono fare quanto è possibile per avvantaggiare la condizione del debitore, la quale verrebbero a deteriorare, laddove essi comprassero in vantaggio proprio. La buona fede insomma esige da queste persone solo quegli atti, che mirano alla conservazione della cosa.

§ XXVII.

Vediamo ora gli effetti della vendita effettuata dal creditore pignoratizio. Questi, quando la cosa sia di proprietà del debitore o del costituente il pegno, se il pegno è costituito da un terzo, deve trasferire la proprietà della cosa nel compratore: a tal'uopo occorre che egli ne abbia trasferito il possesso, ed

ancora, poichè si tratta di tradizione a causa di vendita, secondo i principii vigenti in tema di vendita, occorre, perchè passi la proprietà, che sia stato pagato il prezzo, o che si sia data dilazione pel pagamento, o che in qualunque modo il venditore sia stato soddisfatto.

Obbligo del creditore è di garantire il pacifico possesso della cosa al compratore; ma se il debitore non vuol dare la cosa o è difficile ricuperarla, sapendo il compratore che la cosa è in mano di un terzo, questi potrà domandare al creditore che gli ceda il suo diritto, oppure che gli trasferisca il possesso? Basta che il creditore abbia trasferito il diritto: coll'adempiere quest'obbligo, il creditore pignoratizio ha adempiuto tutto quanto il contratto esigeva.

Questo è affermato in varii passi delle fonti.

L. 13 Cod. *de distrac. pign.* VIII. 27. « Qui praedium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet. » Colui che ha comprato dal creditore un fondo vincolato a pegno, se non è immesso nel libero possesso, non ha alcuna azione reale. »

L. 15 *h. t.*: « Obligatis pignori mancipiis distractis ac traditis; si post debitor quondam haec solicitaverit, non venditori sed emtori contra possidentem in rem competit actio. »

Venduti e conseguati dal creditore gli schiavi vincolati a pegno, se quello che prima era debitore li richiegga, sarà data l'azione reale, non al venditore ma al compratore contro il possessore.

L. 18 *h. t.*: « Qui a creditore pignori obligatum praedium iure emit, de proprietate vinci non potest. » Chi compra dal creditore legittimamente una cosa pegnorata, non ha diritto di proprietà. E' segnata in questo passo la necessità della traslazione del possesso.

E nel Digesto, alla L. 13 *de distrac. pign.*: « Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem. » Qui è chiaramente affermato che obbligo principale del creditore che vende il pegno è quello di *cedere ius suum*, l'azione ipotecaria che ha a tutela di

esso, al compratore: se lo può, dovrà trasferire ancora il possesso.

§ XXVIII.

Il creditore trasferisce la proprietà della cosa, non in nome proprio, ma come appartenente ad altri, è però se la vendita si risolve, la proprietà della cosa ritorna al debitore.

Nella L. 10 D. *quibus modis pign. etc.* XX. 6: « Voluntate creditoris pignus debitor vendidit, et postea placuit inter eum et emtorem, ut a venditione discederent. Ius pignorum salvum erit creditori, nam sicut debitori, ita et creditor pristinum ius restituitur; neque omnimodo creditor pignus remittit, set ita demum, si emtor rem retineat, nec reddat venditori, et ideo si iudicio quoque accepto venditor absolutus sit, vel, quia non tradebat, in id quod interest, condemnatus, salvum fore pignus creditori dicendum est: haec enim accidere potuissent, etiam si non voluntate creditoris vendidisset. » Il debitore vendette il pegno col consenso del creditore, e poscia debitore e compratore furon d'accordo nel recedere dalla vendita. Il diritto di pegno resta così salvo nel creditore, perchè, allo stesso modo che il debitore, il creditore viene reintegrato nel suo diritto; nè in ogni modo il creditore ha rimesso il pegno in modo assoluto, ma solo a condizione che il compratore ritenga la cosa, non già che la renda al venditore.

Abbiamo già visto infatti che il debitore ha facoltà di vendere, e che, se interviene il consenso del creditore, il diritto di pegno vien meno. Ora se si risolve la vendita, la proprietà ritornerà nel debitore, ma risorgerà quel diritto di pegno, al quale il creditore aveva rinunziato, nel caso che avesse avuto luogo la vendita.

E perciò, soggiunge il giureconsulto, se il venditore, convenuto in giudizio sia assoluto, oppure venga condannato ai danni, perchè non ha trasferita la cosa, dovrà dirsi che il diritto di pegno resta sempre salvo al creditore. Sono contemplati due casi: la vendita ha avuto luogo, ma il debitore non

ha adempiuta l'obbligazione e il giudice lo assolve; oppure il giudice impone al debitore di consegnare la cosa, e perchè non la consegna, lo condanna all'*id quod interest*; in entrambo i casi, poichè la proprietà della cosa resta al debitore, il creditore, che ha acconsentito alla vendita, non verrà a perdere il diritto di pegno.

E nel § 1 *h. l.*: « Creditor quoque si pignus distraxit, et ea venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est, rem alienam vendere. Non enim, quia dominium transferunt ideo ab emtore ius eius recipiunt, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione. » E se il creditore abbia venduto il pegno e poi si sia receduto dalla vendita, oppure abbia avuto luogo l'azione redibitoria, il dominio della cosa ritornerà nel debitore: e lo stesso avviene in tutti quei casi in cui si concede di vendere una cosa appartenente ad altri; in vero non si acquista dal compratore il diritto di lui, perchè il dominio è trasferito ma, perchè la vendita è stata risoluta, la cosa ritorna nel pristino stato.

Questo passo ci dimostra adunque, nelle sue conseguenze, il principio che il creditore vende come rappresentante del debitore: egli per tal modo trasferisce un diritto irrevocabile salvo che non vi sia nella vendita del creditore stesso, qualche condizione che, risolvendola, faccia tornare la proprietà della cosa a colui che l'aveva per lo innanzi, malgrado il diritto di pegno.

L. 2 Cod. *si antiq. creditor* VIII. 20: « Obligata pignoris iure creditore recte distrahente, post debitor emtori pretium offerente vel creditori quod debuit, evincere non potest. »

Quando il creditore abbia legittimamente alienate le cose obbligate a pegno, il debitore, il quale in seguito offre al terzo acquirente il prezzo, ovvero al creditore quello che deve, non può essere ammesso ad evincere la cosa. Qui la proprietà passa irrevocabilmente nel terzo, onde la pretesa del debitore è inammissibile.

L. 10 pr. D. *de pignor. act.*: « Si, cum venderet creditor

pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam preti emtori, liceret, ei recipere rem suam, scripsit Iulianius, et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem, sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emtorem agere. » Se, nel vendere il creditore il pegno, si sia convenuto, che qualora il debitore pagasse al compratore il danaro, fosse a lui lecito di ricuperare la cosa sua, Giuliano ritiene che il creditore, in forza di questa convenzione sia tenuto con l'azione derivante dalla vendita contro il compratore, ma egli potrà benissimo o revindicare la cosa o sperimentare l'*actio in factum*. Qui troviamo contemplato il caso, già nominato: fatta una vendita sotto quella condizione, se il compratore non vuole restituire la cosa, quali mezzi avrà il debitore?

Egli potrà dire al creditore: cedetemi l'azione; ma ha ancora due mezzi, l'azione reale, la *vindicatio*, ovvero la personale, l'*actio in factum* (un'azione speciale, fondata sul fatto, che è accordata dal pretore).

Ed anche questo passo dimostra come la vendita sia irrevocabile, come qualunque patto, aggiunto in contrario, torni a vantaggio del debitore.

La proprietà passa nel compratore cosi com'era nel tempo in cui il pegno fu costituito: il diritto reale di pegno colpisce, così, la cosa come si trovava al momento della sua costituzione, quindi, il creditore pignoratizio ed il compratore non sono tenuti a rispettare che solo quei pegni, o quei diritti reali che già gravavano sulla cosa, non quelli che posteriormente siano stati costituiti.

§ XXIX.

Obbligo del creditore è quello di trasferire il possesso o altrimenti il suo diritto nel compratore; ma risponderà il creditore della seguita evizione? Abbiamo già detto che il creditore, quando conchiude il contratto di vendita col terzo, si

obbliga a fare tutto quanto da lui dipende, perchè il terzo acquisti la proprietà della cosa; egli non deve garantire che la propria posizione giuridica: deve provare, cioè, che a lui competeva il primo posto e però aveva facoltà di vendere.

Vediamo se le nostre fonti confermano tale concetto.

L. 1 Cod. *credit. evict. etc.* VIII. 45: « Cum iure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem iure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit creditore. Si tamen fiscus in ius alterius creditoris successit, emtori non iusta nomine fisci movetur controversia, sive qui potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debiti qui pignoris iure vendit, potiorem se caeteris esse creditoribus. » Quando il mio procuratore (fiscale) per debiti fiscali ha venduto *iure creditoris* il fondo vincolato, non risponde d'evizione, perchè anche il privato creditore si può avvalere di questo diritto, se non espressamente abbia assunto quell' obbligo Se tuttavia il fisco sia succeduto in luogo di un altro creditore, non si può muovere azione contro il compratore a nome del fisco, sia che sia stato poziore al momento della vendita, sia inferiore; in quanto che egli deve solo garantire che vende per diritto di pegno, cioè di avere un diritto poziore, rimpetto agli altri creditori.

La responsabilità, adunque, se mai vi sia evizione, è del debitore, appunto in base al criterio di buona fede, cui è informato il contratto di pegno. Ma, può avvenire, a parte il caso di speciale convenzione, di cui nel passo, che anche il creditore sia responsabile.

Suppongasi che il creditore abbia ricevuto in pegno una cosa propria, credendola del debitore: se egli vende la cosa a titolo di pegno, e poi arriva a sapere di esserne proprietario, potrà rifiutarsi di consegnare la cosa, perchè egli non aveva intenzione di spogliarsi della cosa sua? Il principio generale si è che *nemo errans rem suam amittit.* Ma vediamo che cosa dicono le fonti.

L. 10 D. *de distrac. pig.*: « Et si is, qui lege pignoris emit,

ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quaestionem movere. »

Sebbene colui, che ha comprato per patto di pegno, non possa rivolgersi contro il venditore, a titolo di evizione, tuttavia non si deve ascoltare il creditore, che ha venduto il fondo, se voglia per altro titolo muovere quistione sulla stessa cosa.

Egli, dunque, non può fare quistione sulla proprietà, nè può col fatto suo distruggere in nessun modo quello che ha fatto.

Tuttavia, se in generale il creditore non risponde dell'evizione, dovrà risponderne quando vi sia stata una speciale assunzione, ovvero quando il creditore si sia reso colpevole di dolo: ed è questa una conseguenza del carattere di buona fede, che hanno tutti i contratti consensuali.

La conferma si trova nella L. 2 Cod. *creditorem evict. etc.*: « Si a creditrice iure pignoris fundos obligatos pater tuus comparaverat, evictis praediis ita demum petitionem adversus creditricem habere iure potes, si vel cum vendidit, de evictione rei promisit, vel etiam dolo malo, cum sciens prudensque esset cum sine vitio non esse, eam patri tuo, cui successisti, venundedit. Nam sicuti genus huiusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui fraudem admisit, vel decepit, non excusat.» Se tuo padre abbia comprato dalla creditrice dei fondi vincolati a pegno, evitti questi, potrai avere contro la creditrice l'azione, quando nell'atto di vendi a quella abbia promesso evizione, ovvero si sia resa colpevole di dolo, se per esempio, sapendo che la cosa non era senza vizii, l'abbia venduta a tuo padre, a cui sei succeduto.

Imperocchè come l'indole di tale contratto non obbliga il creditore, che lo ignorava, all'evizione, così non scusa colui, che si rese colpevole di frode o d'inganno.

Il creditore pignoratizio, che ha venduto in tale qualità, non risponde per la evizione, se non nei casi particolari innanzi accennati. Però, quando si dice che il creditore pignoratizio non risponde se non in quelle condizioni, si aggiunga che egli neppure ha l'obbligo di restituire la somma percepita dal terzo come

prezzo. Per lui il contratto è in perfetta regola: egli ha venduto la cosa, ha adempito all' obbligo suo, ha dimostrato di essere creditore, e quindi, null'altro obbligo ha che quello di consegnare la cosa.

L. 11 § 16 D. *de act. emt. et vend.* XIX. 1.: « Sententiam Juliani verissimam esse arbitor in pignoribus quoque: nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex emto actione creditor, hoc enim multis Constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor praestabit; etiam repromittet de dolo, sed etsi non repromiserit sciens tamen sibi non obligatam, vel non esse eius, qui sibi obligavit, vendiderit, tenebitur ex emto, quia dolum eum prestare debere ostendimus. »

L'opinione di Giuliano è vera anche per riguardo ai pegni, giacchè, se uno abbia venduto come creditore pignoratizio e poscia la cosa sia stata evitta, egli non è tenuto nemmeno a restituire il prezzo con l' azione derivante dal contratto di pegno, e questo è stabilito da molte costituzioni; ma il venditore presterà il dolo, e quindi dovrà anche promettere l'assenza del dolo, ed anche che non l'abbia promesso, sapendo che la cosa non gli era obbligata a pegno, o che quegli che l'obbliga a pegno non ne aveva il diritto, sarà tenuto con l' azione di vendita.

Escluso questo caso di responsabilità, non è tenuto nemmeno a restituire il prezzo, con l'azione derivante dal contratto di compravendita.

Ma, supponiamo che il creditore, avendo voluto prendere tutte le sue precauzioni, abbia stabilito che anche dopo l' evizione potrà chiamare in giudizio il compratore per farsi pagare il prezzo; potrà agire contro il compratore col *pactum de non praestanda evictione*.

L. 61 D. *de evict. et dupl.* XXI. 2.: « Quum ea conditione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditore praestet, quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta, nullam emtor exceptionem habebit, quominus praetium solvat. » Quando il pegno si è venduto sotto questa

condizione che, seguita la evizione, il creditore non sarà tenuto a prestar nulla, quantunque non abbia pagato il prezzo, ma abbia redatto in iscritto l'obbligazione, seguita la evizione, il compratore non avrà nessuna eccezione di restituzione del prezzo pagato.

Dunque, non soltanto il compratore può ritenere il prezzo che ha ricevuto, ma se ha fatto il patto *de non praestanda evictione* può, anche dopo l'evizione, agire contro il compratore per il pagamento del prezzo; d'altro canto il compratore non avrà contro il creditore alcuna eccezione per farsi restituire la somma pagata.

Gli scrittori, d'ordinario, dicono che questo passo dimostra in modo evidente che al compratore non spetta nessuna eccezione, quando sia stato evitto.

Il Dernburg, invece, ritiene che il passo non dica proprio questo: qui, egli dice, prima di tutto, non dovrebbe esservi differenza fra il caso in cui vi sia il *pactum de non praestanda evictione* e quello in cui non vi sia, poichè la legge non obbliga il venditore a prestare l'evizione. Quello che spiega il passo è precisamente l'espressione *sed venditori caverit*, che accenna ad una novazione: si ha qui un obbligato per una somma in forza di una stipulazione.

Quale delle due opinioni è più accettabile? Il creditore che era obbligato alla consegna della cosa pignorata ha fatto dal canto suo tutto quello che poteva, indipendentemente dalla esistenza del patto: vi è da parte del creditore il diritto di domandare il pagamento del prezzo, anche seguita la evizione. L'opinione contraria non è ammessibile: il semplice stendere in iscritto un' obbligazione non porta novazione, e poi, anche se questa vi fosse, non si può non affermare che le eccezioni che si possono opporre contro la prima obbligazione, si possano opporre contro la seconda. Tutte le obbligazioni che seguono la sorte dell' obbligo primitivo, seguono anche quella del secondo.

Bisogna adunque accettare la comune opinione con qualche modificazione.

Questo *pactum de non praestanda evictione* entro quali quali limiti avrà efficacia ?

Avrà efficacia quando non interverrà il dolo: in questa ipotesi il patto sarebbe immorale: e come tale la legge lo proibisce.

§ XXX.

Abbiamo detto che il creditore non risponde per la evizione, se egli ha venduto come creditore. Ma, se ha venduto tacendo la sua qualità di creditore, dovrà dirsi pure che anche in questa ipotesi non risponda per la evizione ?

Quando una persona vende in qualità di creditore, il terzo è posto in guardia; ma, se egli, anche in buona fede, vende *tamquam dominus,* allora si rientra nella ipotesi pura e semplice della vendita di cosa altrui.

Le fonti non hanno al riguardo una decisione, ma ve n'è una analoga nella L. 9 § 1 D. *locati conducti.* XIX. 2.: « Hic subiungi potest, quod Marcellus libro sexto Digestorum scripsit si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis quam insula exusta teneretur locator conductori. Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo finitus est, pensionem praestet, Marcellus quaerit, quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem. Et magis admittit, teneri eum; et est aequissimum. Idem quaerit, si sumtus fecit in fundum quasi quinquennio fruiturus, an recipiat? Et ait non recepturum, quia hoc evenire posse prospicere debuit. Quid tamen, si non quasi fructuarius ei locavit, sed si quasi fundi dominus ? Videlicet tenebitur decepit enim conductorem, et ita Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit. In exustis quoque edibus eius temporis, quo edificium stetit, mercedem praestandam rescripserunt. »

Qui si puó soggiungere quello che Marcello scrisse nel libro sesto dei Digesti: se l'usufruttuario abbia locato un fondo per un quinquennio e poscia sia morto, l'erede non è teuuto

alla prestazione dell'usufrutto, più di quello che sia tenuto il locatore, quando la casa sia incendiata. Marcello domanda se il conduttore sia tenuto con l'azione di locazione al pagamento dell'affitto per tutto il tempo per il quale ha goduto, come se avesse tolto in locazione o l'opera dello schiavo o un diritto di abitazione. E qui a maggior ragione si ammette che egli sia obbligato: ed è giustissimo.

Lo stesso Marcello domanda: se il conduttore ha fatto delle spese nel fondo, sperando di poterlo godere per un quinquennio, dovrà ricevere queste spese? E dice che non dovrà riceverle, perchè egli doveva capire che questo sarebbe avvenuto. Ma, che cosa diremo se non in qualità di usufruttuario egli ha locato, ma *quasi fundi dominus*? Egli sarà tenuto.

Questo passo può servirci di base per la soluzione della quistione; quando il locatore affitta in qualità di usufruttuario, il conduttore deve prevedere la prossima fine dell'usufrutto; ma, se il locatore ha affittato *quasi dominus*, facendosi credere proprietario della cosa, gli si potranno domandare le spese erogate.

Così nel caso nostro: il creditore deve, in tale ipotesi, rispondere per la evizione, in tutti i casi nei quali risponde il vero suo proprietario.

§ XXXI.

Ma, se sono tutti i giureconsulti di avviso che sia accordata un'azione al compratore, essi sono discordi sul rimedio giuridico con cui questo diritto si può far valere.

Per alcuni qui vi sarebbe un'*actio ex emto*; altri ricorrono al concetto dell'arricchimento, altri dicono che il compratore può costringere il creditore a farsi cedere le azioni che gli competono.

Esaminiamo le diverse opinioni nelle fonti.

I. L. 38 D. (Ulpiano) *de evict.* XXI. 2: « In creditore qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet; habet autem contrariam pignoraticiam actionem.

Et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur, vel hoc saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est? »

Nel caso del creditore che ha venduto il pegno, si può discutere se, evitta la cosa, sia tenuto *ex emto*, a cedere quell'azione che ha contro il debitore: ha infatti un'azione pignoratizia contraria. Ed è ritenuto che la si accordi: giacchè a chi non sembra giusto che il compratore ottenga ciò, senza che ne derivi alcun dispendio al creditore?

È accoglibile questa opinione? La Glossa diceva: *mirum est*, è cosa strana che si accordi questo diritto al compratore. Sembrava strano ai glossatori, perchè la buona fede non può costringere uno a dare quello che non ha: ed infatti, se il creditore è stato soddisfatto, non avrà l'azione pignoratizia? E' strano, dice la Glossa, che Ulpiano ricorra a questo ripiego.

II. L. 12 § 1 D. (Trifonino) *de distract. pign.* XX. 5.: « Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an praetium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id praetium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. Sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emtorem post evictionem ipsi debitori utili actione tenetur, nec ex aliena iactura sibi lucrum adquirat. »

Se è stata data in pegno una cosa e il creditore l'ha venduta, vediamo se il prezzo che il creditore percepì liberi il debitore dall'azione personale del credito. E si risponde giustamente, se vendette con la convenzione che egli non fosse obbligato per la evizione, giacchè in forza di questo contratto e per una certa obbligazione il pagamento ricavato ad occasione di quella vendita deve profittare direttamente al debitore, che tornare a vantaggio del creditore. Ma, il debitore è liberato nei rapporti col creditore; quanto alla proprietà della

cosa, se il pegno non è stato evitto, il debitore sarà dopo la evizione tenuto verso il compratore con un'azione utile, perchè egli non si arricchisca col danno altrui.

Dunque, l' azione al compratore qui è accordata in questo senso: *ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat*: verrebbe il creditore ad arricchirsi a danno di questo terzo ove non fosse accordata questa azione.

È il punto di vista dell' indebito arricchimento: il debitore è stato liberato col danaro del terzo. Ma qui non si dice qual'è la natura dell'azione: il Dernburg pretende che qui si tratti di un' *actio negotiorum gestorum contraria*: ma questa affermazione è arbitraria.

III. L. 74 § 1 D. (Ergemoniano) *de evict.*: « Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex emto contra eum, qui praetio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dumtaxat eiusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei, qui evicit, restituere non habebat necesse. » Se un pegno preso per ufficio del giudice sia venduto, e poscia sia evitto, si darà un'azione di vendita contro colui che è stato liberato, non rispondente al solo prezzo, ma al pegno ed agli interessi, come se non dovesse restituirli ad uno che ha evitto una cosa.

§ XXXII.

Quindi tre opinioni diverse: qual'è fra le tre la più accettabile? Se veramente l' azione derivasse dal contratto di compravendita, essa dovrebbe tendere all'*id quod interest*: il punto di vista è anche quello dell' arricchimento, ma il mezzo è caratteristico: come spiegare?

Se si desse direttamente l'*actio ex emto* senz'altro, noi dovremmo ammettere una vera e propria rappresentanza; ma la rappresentanza in senso proprio non si ammette nel diritto romano; e, d'altra parte, per ammetterla, si sarebbe dovuto in ogni modo considerare la vendita come fatta nell' interesse del debitore.

Quando si dice che in forza del carattere di buona fede del contratto in questione, il creditore è tenuto all'*id quod interest*, si vuol anche dire che egli risponde nei limiti dell' arricchimento. Vi è dunque il concetto dell'arricchimento: ma il rimedio più adatto è quello del creditore che vende per incarico del debitore che ha costituito il pegno.

Anche il mezzo di Ulpiano non è così erroneo come si vorrebbe: in materia di fideiussione, quando il fideiussore paga ha diritto di farsi cedere le azioni: egli non paga il debito, ma compra le azioni. Qui pure si verrebbe a considerare il compratore come una persona che ha dato quel danaro per sostituirsi nella condizione giuridica del creditore.

Ma, in ogni modo, è sempre da ammettersi il principio che si accordi l'*actio ex emto* nei limiti dell'arricchimento.

§ XXXIII.

L'obbligo che incombe a chi compra la cosa data in pegno è quello di pagare il prezzo; anzi, appunto in coerenza coi principii generali in tema di vendita, se il creditore ha consegnato il possesso della cosa al compratore, il compratore, il quale non abbia pagato, sarà tenuto a corrispondere gl'interessi legali dal giorno della consegna.

Il creditore d'altro canto deve imputare il prezzo nel debito: se il prezzo ricevuto copre esattamente il debito in capitale ed interessi, il debitore verrà completamente liberato; se vi è qualche eccedenza, il debitore avrà il diritto di rivolgersi al creditore per il superfluo; se infine il prezzo non basta a soddisfare il creditore, resterà sempre l' obbligo del debitore, e se vi siano altri pegni, vincolati per quel debito, pel principio della indivisibilità, essi continueranno a rimanere presso il creditore.

L. 9 pr. D. *de distract pign.*: « Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset. Putavi si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio

non liberat debitorem, nisi pecunia percepta. » Si è chiesto, quando il creditore non avesse potuto esigere il prezzo del pegno dal compratore, se il debitore fosse liberato. Ed io sono d'avviso, dice il giureconsulto, che non si possa imputare nessuna colpa al creditore, e che il debitore resti obbligato, perchè la vendita fatta per necessità non libera il debitore, se non quando il danaro è stato percepito. Qui, malgrado che abbia avuto luogo la vendita, e che il prezzo ricavatone sia corrispondente al credito, il debitore non viene liberato, perchè non è da attribuire a colpa del creditore, se questi non ha potuto esigere il danaro. Diversamente, se egli non si fosse curato d' informarsi sulla solvibilità del debitore, oppure lo avesse lasciato divenire insolvente, sarebbe attribuita a sua colpa la impossibilità d'esazione, e quella quantità che non avesse potuto esigere si verrebbe a considerare esatta.

§ XXXIV.

Si può anche restringere, in forza di una convenzione, la facoltà del creditore riguardo al soddisfacimento. Le parti sono libere di stabilire, a garanzia del credito una parte sola del valore della cosa e dovrà escludersi ogni diritto su quello che eccede la misura fissata.

Effetto di questo pagamento che il creditore fa a sè stesso, con l'esigere il prezzo della vendita, si è che la cosa passa definitivamente in proprietà del compratore, libera di qualunque peso pignoratizio; onde vien meno il diritto del creditore posteriore, il quale avrà diritto solo sul dippiù, quando nel superfluo vi sia tanto da potersi soddisfare.

Se il creditore malgrado la diligenza, non ha trovato mezzo di vendere la cosa, può domandare all' imperatore che gliene attribuisca la proprietà (l'*impetratio dominii* riferita da Giustiniano), computando nel credito il vero valore della cosa, secondo la stima fatta in via giudiziale; salvo sempre nel debitore il diritto di svincolare la cosa, offrendo nei due anni la somma capitale e gl' interessi.

Una specialità si ha per il pegno giudiziale; nel *pignus in causa iudicati captum*, il creditore, anche se sia rimasto incapiente, perde il credito per la parte rimanente, perchè, dicono le fonti, si considera che egli abbia transatto. Un'altra specialità in questo pegno si è che l'attribuzione, prima del diritto giustinianeo, veniva fatta dall'autorità giudiziaria.

Tutela del diritto di pegno

§ I.

Dal contratto di pegno ed in generale dal pegno, in qualunque modo costituito, nascono azioni tanto a favore del creditore, quanto del debitore. Esse si distinguono in tre categorie: azioni reali, azioni possessorie, ed azioni personali.

I. *Azioni reali.* Al creditore pignoratizio compete l'*actio hypothecaria* o *pignoraticia in rem*, la quale mira ad ottenere la restituzione del possesso della cosa, come nella *rei vindicatio* sperimentata dal proprietario. I requisiti sono i seguenti:

1.° Può essere proposta dal creditore pignoratizio non solo, ma anche dal creditore ipotecario, il quale non ha di regola il possesso della cosa: solo vi è differenza per il tempo, come vedremo.

2.° Si propone contro colui che ha il possesso giuridico od anche la semplice detenzione, contro colui, cioè, che è in grado di restituire la cosa: *adversus possidentem*, come in tutte le azioni reali.

L. 16 § 3 D. *de pign. et hypoth.*: « In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, aeque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest, et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari, nam si caverit se restituturum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa au-

tem opus nisus, non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in caeteris in rem actionibus; nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quod proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur? » Nella rovindica del pegno si chiede se la cosa, di cui si tratta, sia posseduta da colui contro cui si agisce. Poichè, se non possegga, nè con dolo abbia cessato di possedere, dovrà essere assoluto. Ed in vero, se possegga, ma o paghi il danaro, o restituisca la cosa, a buon diritto lo si deve assolvere. Ecco il requisito principale di quest' azione, la quale, come la *reivindicatio*, è arbitraria; vuol dire che prima di venire alla condanna, il giudice ordina al convenuto di restituire la cosa: se questo obbedisce, viene assoluto, se no, segue la condanna.

Ma, soggiunge il giureconsulto, se egli voglia restituire la cosa e non lo possa, ovvero per avventura la cosa non sia presente ma lontana, o nella provincia, si suol dare cauzione per la restituzione; ed in tal caso lo si assolve. In questo passo si fa menzione di tutto il procedimento: requisito per l' esperimento è il possesso; anzi qualche volta si fa a meno del possesso reale e basta la *ficta possessio*, come si legge ancora nel testo. In esso si fa l'ipotesi di colui *qui dolo malo desiit possidere*, il quale, si dice, poichè non può restituire in natura, sarà condannato a quanto l' attore avrà estimato con giuramento nella lite; per tal modo viene ad estinguersi l'azione reale, ed è solo in base all'azione personale che si agisce.

3.° Il creditore pignoratizio può in qualunque momento richiedere il possesso; il creditore ipotecario invece, che di regola non ha diritto al possesso, può richiederlo solo quando, scaduto il termine, non sia soddisfatto o altrimenti il debitore deteriori la cosa, e metta in pericolo la sua condizione giuridica: in questo caso il giudice, per evitare la condanna alla restituzione, può imporre al condannato di dare garanzia.

4.° Il creditore deve provare in primo luogo di avere un diritto di pegno, la propria legittimazione: e può provarla in base al contratto, al testamento, alla sentenza del giudice; in

secondo luogo quella del convenuto, che cioè la cosa, al tempo in cui il pegno fu costituito, era *in bonis* del costituente.

L. 23 D. *de prob. et praes.* XXII. 3: « Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit; sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, qui convenit de pignore; aut cuius voluntate hypotheca data sit. » Prima di tutto bisogna provare ciò che si sia convenuto fra l'attore ed il debitore, perchè la cosa fosse vincolata a pegno o ad ipoteca; e se questo dimostri l'attore, dovrà ancora completare la prova col dimostrare che la cosa apparteneva al debitore nel momento della costituzione di pegno, ovvero a colui, con la volontà del quale, la cosa fu data ad ipoteca.

Questi i lati di fatto che l'attore deve dimostrare per stabilire che realmente esiste un diritto di pegno. E, se si tratti d'ipoteca, l'attore dovrà dimostrare il suo diritto ed ancora, per avere il possesso, che è scaduto il debito o che ha un interesse speciale a conservare la cosa, secondo le norme che abbiamo indicato.

§ II.

Scopo dell'azione ipotecaria è quello di farsi consegnare il possesso della cosa; ove questa non fosse consegnato, si addiverrebbe alla condanna pecuniaria. Il convenuto deve anche dei frutti della cosa restituire quelli che sussistono al tempo della domanda, e tutti i *percepti* e *percipiendi* dopo la domanda.

L. 16 § 4 D. *de pign. et hypot.*: « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex: ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructus condemnet. Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi extent, et res non sufficit. » Il giudice talora deve pronunziare l'arbitrio anche sui frutti, per poter condannare anche ai frutti da quel tempo in cui fu cominciata la lite. Che cosa si dovrà infatti dire se il fondo abbia un valore minore del debito, quando dei frutti anteriori alla conte-

stazione della lite non si può pronunziare, se non sussistono, e la cosa non basta?

Questo passo ci dice che, dei frutti anteriori alla contestazione della lite, il debitore deve dare solo gli *extantes* , e poi soggiunge: perchè vi sia la condanna ai frutti è necessario che il valore della cosa non basti per pagare il debito e gli accessorii.

Ma, suppongasi, perchè il convenuto non ha voluto restituire la cosa, che si debba procedere ad una condanna pecuniaria; sarà lecito pronunziarla ugualmente se il convenuto è un terzo possessore, uno cioè che non è personalmente obbligato?

Vediamo la L. 21 § 3 *h. t.*: « Si res pignorata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem; nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus caeteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pignoratitia actione. » Se la cosa pignorata non viene restituita, si deve stimare la lite contro il possessore, ma, in verità, diversamente contro lo stesso debitore, diversamente contro un semplice possessore: infatti contro il debitore la condanna non può eccedere quello che egli deve in capitale ed interessi; mentre gli altri possessori possono essere condannati ancora per di più, e ciò che il creditore ha conseguito di più del debito, sarà tenuto a restituire con l'azione pignoratizia.

Dunque, quando si tratta di qualunque altra persona, che non sia quella personalmente obbligata, la *condemnatio* ha luogo per tutto quanto il valore della cosa, e non è limitata alla somma dovuta dal debitore.

§ III.

Il convenuto può opporre all'azione ipotecaria l' estinzione del debito, può eccepire, se si tratta d'ipoteca, che non è venuto il momento della scadenza; e, se ha fatto delle spese, può ritenere la cosa, finchè non sia risarcito. Tuttavia, in riguardo alle

spese, bisogna fare una distinzione: se le spese sono utili, il creditore non potrà avere la cosa, se prima non paga quell'aumento che al valore della medesima il debitore ha apportato: se le spese sono necessarie, secondo quello che è scritto in un passo del titolo de *operis novi nunciatione*, dovrebbe dirsi che tale eccezione non competa al debitore, perchè deve reputarsi che egli per il primo abbia avuto interesse a conservare la cosa. Questa conseguenza è combattuta da molti scrittori i quali affermano in base all'equità che a più forte ragione in tale caso deve il creditore pignoratizio risarcire il possessore, il quale, se da un canto ha conservato per sè la cosa, d'altra parte *fecit meliorem pignoris causam*. Molti interpetrano quindi quel passo, dicendo che esso è speciale al caso di chi ha il possesso della cosa, per esservi stato immesso per decreto del pretore; ed in tale caso si capisce che se ha fatto delle spese, l'ha fatto per vantaggio proprio.

Il principio generale, dunque, è che le spese necessarie devono essere risarcite al possessore, salvo il caso di chi sia stato immesso nel possesso del pretore *ex capite damni infecti*, perchè in questo caso le spese fatte nell' interesse della cosa devono essere sopportate dallo stesso possessore.

Il possessore, il quale, chiamato in giudizio, paga quanto è dovuto dal debitore, ha diritto di avere dal creditore le azioni che questi ha contro il debitore. Ma oltre a questo *beneficium cedendarum actionum* il possessore ha ancora due beneficii: il beneficio di escussione *reale*, in virtù del quale può domandare che il creditore, che ha un pegno generale su tutto il patrimonio del debitore, ed un pegno speciale su di una cosa, rivolga l'azione sulla cosa specialmente vincolata; ed il beneficio di escussione *personale*, per cui il possessore, chiamato in giudizio, può richiedere che il creditore tenti prima tutte le vie con l'azione personale contro il debitore e i fideiussori, e, solo in seconda linea, quando non sia stato soddisfatto, sperimenti l'azione reale contro di lui, per ottenere o il pagamento, ovvero la restituzione della cosa data in pegno.

§ IV.

II. *Interdictum Salvianum.* A parte l'azione reale che richiede una prova rigorosa della esistenza del diritto di pegno, vi è un' altro rimedio giuridico importante che permette a certi creditori pignoratizii di pervenire al possesso della cosa su cui cade il vincolo: l'*interdictum Salvianum.* Sulla portata di questo interdetto fervono dispute gravissime.

Occorre accennarne i punti importanti. Il possessore, senza uopo di dimostrare con precisione la esistenza del dritto di pegno, purchè desse una prova generica della esistenza del suo diritto, poteva ottenere la consegna della cosa vincolata a pegno: è un *interdictum adipiscendae possessionis.* Originariamente esso si riferiva al pegno del locatore sugli *invecta et illata :* come da questo rapporto così ristretto si è esteso agli altri casi di pegno? E questo un punto che non si può risolvere, ma con molta probabilità si deve credere che la estensione abbia avuto luogo per lo meno rispetto a tutti i casi di locazione.

Ma questo *interdictum* poteva farsi valere solo contro il creditore del fondo o in genere contro qualunque persona? Aveva esso efficacia reale o personale?

Se noi poniamo mente ad una costituzione dell'imperatore Gordiano, dobbiamo dire che si può proporre solo contro il conduttore; ma passi del Digesto, nella *sedes materiae,* lo rendono efficace contro chiunque sia nel possesso della cosa.

Dispute vivissime sono sorte per conciliare questi passi contradittorii, e fra gli scrittori ricordiamo il Bertolini e lo Schupfer: ma, nessuna soluzione può dirsi sicura. Certo il passo del Codice è chiaro, come sono anche chiari quelli del Digesto, ma, avuto riguardo al fatto che quei passi del Digesto si trovano nella *sedes materiae,* noi dovremo ritenere che l' *interdictum Salvianum* abbia efficacia contro chiunque sia nel possesso della cosa.

Il Windscheid è contrario a questa conseguenza:egli osserva che questi passi contradittorii si elidono e quindi la questione

si risolve secondo i principii generali del diritto, stando ai quali l' *interdictum* avrebbe efficacia personale.

Il Lenel ritiene che nel diritto classico questa efficacia reale mancava e che nel diritto giustinianeo si trasformarono i passi relativi all'*actio Serviana*, sostituendo a questa l'*interdictum Salvianum*, a modo da modificare il diritto classico: quindi i passi del Digesto originariamente si riferivano all'*actio Serviana*: e il Lenel conforta la sua opinione dimostrando come quei passi furono tolti da quelle opere dei giureconsulti, nelle quali non si poteva parlare di *interdictum Salvianum*.

Un' altra disputa insoluta è questa: l' *interdictum Salvianum* aveva efficacia piena e definitiva? E' un punto molto controverso, senza alcuna speranza di soluzione.

§ V.

III. *Azioni personali.* Dal contratto di pegno derivano azioni personali e a favore del creditore pignoratizio e a favore del debitore. Queste spettano loro indipendentemente dalla validità del diritto di pegno: basta che sia valido il contratto di pegno.

Due specie di azioni personali scaturiscono da questo contratto: la *directa* che spetta al debitore, la *contraria* che spetta al creditore pignoratizio.

a) *Directa*: mira ad ottenere la restituzione della cosa, quando il debito sia stato pagato o in alcun altro modo soddisfatto.

Il debitore può proporla quando il pegno sia stato estinto: supponiamo che il creditore rinunzi al pegno ed intanto tenga ancora la cosa, oppure che il pegno sia venuto meno per essere scaduto il termine, o sia venuta meno la condizione sospensiva o verificata la risolutiva: in tutti questi casi il pegno non esiste o non ha mai avuto esistenza.

Con l' azione in questione si domanda la restituzione di quella somma in più che il creditore ha ricavato dalla vendita del pegno. Deve anche con questa il creditore essere costretto

a restituire non solo la cosa, ma anche tutti gli accessori della cosa medesima e tutt' i vantaggi che ne abbia tratto. In sostanza, con quest' azione personale derivante dal contratto di pegno, il debitore fa valere tutte le azioni che gli possono spettare in base al contratto medesimo il quale è di buona fede e quindi il giudice può applicarlo con larghe facoltà.

Il creditore è tenuto a dar conto di tutto quanto egli ha e che possa essere di spettanza del debitore.

Nello esercizio del diritto di pegno il creditore è tenuto a rispondere del dolo e di qualunque colpa, sia pur lieve; egli deve usare, verso la cosa, la diligenza di un buon padre di famiglia (*diligentia in abstracto*).

L. 13 § 1 D. *de pign. act.*: « Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. » E si capisce il paragone col comodato: qui il contratto è a vantaggio del comodatario, il quale deve avere una responsabilità più grave. In materia di deposito vige un principio più mite: il depositario risponde della colpa *in concreto*, perchè egli deve tenere la cosa con la diligenza che usa nelle cose proprie.

Nel deposito vi è più l' interesse del creditore ad usare una certa cura: nel pegno invece è maggiore l' interesse del debitore e quindi il creditore risponde pure della colpa lieve e deve custodire la cosa da buon padre famiglia: ma egli non deve rispondere del caso fortuito.

b) *Contraria*: spetta al creditore per il caso in cui egli abbia ricevuto in pegno una cosa altrui, o per il caso in cui il debitore con colpa o dolo abbia dato una cosa che manchi di quelle qualità sostanziali, che il creditore in buona fede riteneva che avesse. Il creditore, oltre al risarcimento dei danni, può domandare una costituzione di pegno rispondente alla promessa del debitore: ed è questa una conseguenza necessaria del carattere di buona fede del contratto di pegno.

L. 9 D. *de pign. act.*: « Si rem alienam mihi debitor pignori dedit, aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est locum habere contrarium iudicium. » Se il debitore mi abbia

dato a pegno una cosa altrui, o abbia adoperato mala fede nel contratto di pegno, è a dire che il creditore ha diritto di proporre l'*actio pignoraticia contraria*.

L. 31 *h. t.*: « Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere; quod si sciens furem pignore mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pignoraticiam actionem, ut indemnem me praestet. Eadem servanda esse Iulianus ait, etiam quum depositus vel commodatus servus furtum faciat. » Se lo schiavo dato in pegno commette un furto a danno del creditore, il debitore è libero di abbandonarglielo *pro noxae deditione*. Ma, se il debitore mi avrà scientemente dato in pegno uno schiavo ladro, anche se egli sarà pronto ad abbandonarmelo a titolo di *noxa*, tuttavia io avrò contro di lui un'azione pignoratizia, perchè egli mi tenga indenne.

La costituzione di pegno ha per oggetto uno schiavo: questo commette un furto a danno del creditore: quale sarà la responsabilità del debitore? O egli paga il danno o consegna lo schiavo a *noxa* al danneggiato. Ma se il debitore sapeva che lo schiavo era ladro, la sua responsabilità è completa ed egli non potrà esimersi dai suoi obblighi, consegnando lo schiavo a *noxa*, ma dovrà indennizzare il creditore dei danni.

L. 16 § 1 *h. t.*: « Contrariam pignoraticiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis is et stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit. » E' certo che al creditore competa un'azione pignoratizia contraria. Quindi, se uno abbia dato in pegno una cosa altrui o ad altri pignorata o obbligata alla cassa pubblica, sarà tenuto anche in questo caso, sebbene egli si renda responsabile anche di stellionato. E, per quello che riguarda il reato,

l'ignoranza lo scusa, ma, quanto al contrario giudizio, non lo scusa, come Marcello scrive nel sesto libro dei digesti: ma se il creditore sapeva che la cosa ricevuta in pegno non era del debitore, o era obbligata ad altri o aveva dei vizii, non gli spetterà l'azione contraria.

§ VI.

Con la medesima azione il creditore ha diritto di farsi restituire le spese che egli abbia fatte in ordine alla cosa: anche qui bisogna tener conto del carattere di buona fede del contratto di pegno.

L. 8 pr. *h. t.*: « Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. Finge enim medicis cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse; item insulam fulsisse vel refecisse, et postea deustam esse, nec habere, quod possem retinere. » Se io abbia fatto le spese necessarie per uno schiavo od un fondo, che ho in pegno non soltanto avrò un diritto di ritenzione, ma anche un'azione pegnoratizia contraria. Supponiamo infatti, che essendo caduto uno schiavo ammalato, io abbia fatto delle spese per medici e quello sia morto, o che abbia fatto puntellare e rifare la casa, la quale poscia si sia bruciata, nulla io avrei da ritenere.

Si concede adunque non soltanto il diritto di retenzione, ma anche l'azione contraria, perchè in taluni casi sarebbe impossibile esercitare questo diritto di ritenzione.

L. 25 *h. t.*: «Si servos pignoratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria; si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria non tamen sic, ut cogatur servis cavere pro quantitate sumtuum debitor. Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur, ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum — puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui

vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres —; alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. Medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus, neque onerosus creditor audiatur. »

Quando il creditore abbia istruito in certe arti gli schiavi dati a pegno, se si tratti di schiavi che avevano avuto un principio d'istruzione anche per volontà del debitore, si darà luogo all'azione contraria; tale non è il caso se si tratti di arti o mestieri necessarii: si dà in quest' ultima ipotesi l' azione contraria, ma non in modo che il debitore sia costretto per la quantità delle spese ad essere privo degli schiavi.

Se adunque lo schiavo era istruito per iniziativa del debitore, il creditore può domandare con l' azione contraria la restituzione delle spese erogate per continuarne l'istruzione; ma se lo schiavo non ha ricevuto educazione, il creditore deve procedere in buona fede nell'educarlo: egli deve dargli un'arte solita e necessaria e non farà in modo che la spesa sia tale da esser costretto il debitore a pagare addirittura quanto vale lo schiavo o ad abbandonarlo.

Infatti, dice il passo, allo stesso modo che il creditore non deve essere vittima del dolo o della colpa del debitore, così il creditore non deve rendere tale la cosa ricevuta a pegno, che diventi grave la condizione del debitore nel ricuperarla. Tutto dipende da circostanze di fatto: il creditore è obbligato a usare cura della cosa, ma deve tener conto della condizione finanziaria del debitore: per esempio, se è dato a pegno un grande bosco da un uomo il quale a stento può pagare, il creditore non deve coltivarlo in modo da renderlo di un valore molto maggiore; altrimenti non è giusto che io debba andare in cerca di altri creditori, o che sia costretto a vendere ciò che vorrei riprendermi o che, costretto dalla scarsezza della mia condizione, io debba abbandonare il fondo al venditore. Quindi il giudice deve seguire una via media in modo da non rendere grave la condizione dell'uno a scapito dell'altro.

L. 38 D. *de rei vind.* VI. 1. In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti deinde evincitur, bonus iudex variis ex personis causisque constituet. » Un buon giudice deve decidere secondo le qualità delle persone e dei fatti; quindi le decisioni devono essere adattate all'esame dei singoli casi, appunto perchè si tratta di buona fede.

Con l'azione in quistione il creditore può recuperare il possesso ove il creditore lo abbia perduto.

§ VII.

Spettano inoltre al creditore pignoratizio, tutte le azioni spettanti al proprietario del fondo, per la tutela del suo diritto: per esempio, le azioni di servitù quando uno vanti di poterla esercitare sul fondo dato in pegno, o neghi che il proprietario abbia questo diritto.

Effetti del pegno su cose incorporali

§ I.

Studiato il tipo normale di pegno, che è quello su cose corporali, dobbiamo vedere se quel pegno su cose incorporali, riconosciuto possibile dalle nostre fonti, nelle sue conseguenze pratiche, si discosti dal tipo esaminato.

Facile l'indagine quando si tratti di pegno su diritti reali; in tale caso deve dirsi che il pegno cade sul diritto non sulla cosa e che il creditore pignoratizio non soddisfatto ha facoltà di vendere, non il diritto, ma l'esercizio del diritto medesimo. Finchè non sia venuta la scadenza, il creditore pignoratizio può far valere il suo diritto, valendosi delle azioni e delle eccezioni che spettano al suo debitore, e questo tanto di fronte al debitore, quanto di fronte ai terzi.

La specialità di questi diritti di pegno su diritti reali è nel pegno su diritti da costituire, per cui il creditore, non soddisfatto, ha diritto di costituire, a titolo di vendita, quel diritto :

se il creditore ad esempio ha ricevuto facoltà dal debitore di costituire un usufrutto su di una data cosa, qualora non sia soddisfatto, potrà benissimo, alla scadenza del debito, costituire l'usufrutto a favore del compratore : ed è da notare che non è già a favore del creditore, ma del compratore che l'usufrutto si costituisce, in quanto viene a costituirsi un diritto *ex novo*; benchè alcuni ritengano che esso fin da principio sia costituito a favore del creditore, il quale poi lo trasferisce al compratore.

§ II.

Più importante è il pegno sopra rapporti obbligatorii, specialmente il *pignus nominis* : occorre studiarne le conseguenze pratiche.

Vi sono nelle fonti due diverse facoltà, riconosciute a favore di colui, cui fu dato in pegno un credito : diritto di esigere il credito e diritto di vendere il credito stesso. Benchè le nostre fonti parlino assai chiaramente dell'uno e dell'altro diritto, sorgono quistioni gravissime al riguardo. Esaminiamo i varii passi.

L. 7 Cod. *de hered. vel act. vend.* IV. 39 : « Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utilis emtori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. »

È da notare innanzi tutto che questo passo è stato trasformato dopo la nuova edizione del Krüger, il quale, in un articolo della Rivista critica trimestrale, ha dimostrato come prima dell'espressione *post nominis venditionem* occorresse un *ut*, che nelle edizioni anteriori mancava affatto, senza del quale, egli dice, si trova nel passo la dimostrazione dell' ammissibilità dello *ius vendendi* per parte del creditore pignoratizio. Invece, secondo il Krüger, il passo così trasformato, vorrebbe dire: dopo che si è ammesso che si dessero a pegno anche i titoli di credito fu ritenuto rispondente all'indole del rapporto che allo stesso modo come dopo venduto un credito si danno al compratore azioni utili , così , come fu risposto , si dovessero dare azioni

utili al creditore stesso. Talchè qui non si parlerebbe di vendita fatta dal creditore pignoratizio, ma di vendita di crediti in genere, e si verrebbe ad affermare che alla stessa maniera come il compratore ha azioni utili, così si devono dare azioni utili non a chi compra, ma a colui, a cui favore è stato costituito un pegno di credito.

Ma fu osservato che questa opinione non regge e per due ragioni: per una ragione storica, in quanto si verrebbe ad ammettere che l'azione utile accordata al creditore pignoratizio sia posteriore a quelle che compete al compratore di un credito ed anche per una ragione esegetica. Ed infatti è possibile che l'Imperatore abbia voluto dire questo: dopo che ha comprato il credito, il compratore avrà un'azione utile? E d'altra parte se fosse vero che il passo va riferito alla vendita di un credito in genere, come potrebbe spiegarsi quell'*ipsi creditori*?

Talchè, dice l'Eisele, la sola spiegazione è questa: allo stesso modo come il compratore, dopo che ha comprato il *nomen* dal creditore pignoratizio ha azioni utili, così allo stesso creditore, prima della vendita, si concede un'*actio utilis* a tutela del suo diritto; ed allora s'intende il contrapposto, si capisce benissimo perchè si dica *ipsi creditori* in antitesi al compratore del pegno. Il passo dunque, anche con la nuova aggiunta, sta a favore dello *ius distrahendi*.

In questo passo prima di tutto è riconosciuto in modo sicuro il diritto di vendere al creditore, ed in secondo luogo gli è accordata un'*actio utilis* mentre dura ancora il pegno, per l'esazione del credito. E che quest'azione competa al creditore, è affermato in altri passi delle fonti.

L. 20 D. *de pign. et hypot.*: « Cum convenit ut is, qui ad refectionem aedificii credidit de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cautionis esemplo, quam debitor creditori pegnori debit. » Quando si pattuisce, che colui che ha fatto credito per la rifazione di un edificio, riceva per diritto di pegno il credito relativo ai fitti della casa, questi riceverà anche azioni utili con-

tro gl'inquilini, ad esempio di quell'azione che ha il creditore. tutte le volte che il debitore abbia dato in pegno un suo credito.

E più chiaramente, è ammessa nella L. 18 D. *de pign. act.*: « Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia. et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo, si id nomen pecuniarum fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignori loco. » Se fu stabilito che il credito appartenente al mio debitore, ti sia dato a titolo di pegno, dal pretore sarà fatto in modo che tu possa esser tutelato nell'esigere il credito, e il debitore verso di me. Quindi se si tratta di credito pecuniario, esatto il danaro, lo imputerai nel credito tuo, se di un *corpus*, quello che hai ricevuto, terrai in luogo di pegno. Dunque il pretore interviene per tutelare con azione le ragioni del creditore pignoratizio e con un'eccezione il debitore contro colui che ha costituito in pegno un credito proprio.

Ma, occorre che il diritto di pegno sia notificato al debitore, che cioè il creditore pignoratizio prenda possesso del suo diritto: quando il pegno sia notificato, il debitore pignoratizio non può più rivolgersi contro il proprio debitore per esigere il credito, perchè questo diritto spetta al creditore pignoratizio. E si comprende benissimo come, anche prima che il credito proprio sia scaduto, il creditore pignoratizio possa richiedere al suo debitore di avere una garanzia: questi i vantaggi che lo hanno potuto indurre a far credito. Quindi, interpretando la cosa come il passo vuole e la logica giuridica insegna, dovrà ritenersi che il creditore pignoratizio possa rivolgersi al suo debitore e se il credito che gli serve di garanzia è di danaro, imputare questo nel debito, se di un corpo certo e determinato, ritenere l'oggetto a pegno, ed in quest'ultimo caso varranno i principii relativi al pegno di cose corporali.

Questo passo ci dimostra dunque che al creditore pignoratizio compete lo *ius distrahendi.* Ma, è da osservare che se questo diritto di vendere è normale nel pegno di cose corporali,

non risponde alla natura del pegno di crediti; ed infatti, quando il creditore pignoratizio vende il credito, lo vende forse per l'ammontare del valore del credito stesso? Qualche diminuzione deve sempre subire; e quindi si capisce come questo diritto sia stato riconosciuto nelle nostre fonti da un sol passo del Codice. Quando per la prima volta fu ammesso questo pegno di crediti, il pegno di cose corporali dovette servir di modello, e però *lo ius distrahendi*, relativo a questo, fu trasportato senz'altro nel pegno di crediti; ma, allorchè i bisogni pratici lo imposero, fu riconosciuto *lo ius exigendi*, come quello più rispondente al carattere di buona fede del contratto. In forza di esso, il creditore deve procedere da buon padre di famiglia; e, se egli abbia trascurato l'esazione e la sua negligenza abbia procurato danno al debitore, deve rispondere di queste conseguenze.

Visto l'effetto pratico di questo pegno su crediti, è uopo ricercarne le spiegazioni. La grande maggioranza degli scrittori parte dal concetto della cessione, non definitiva, ma a scopo di pegno: alcuni parlano di cessione *condizionata*, come Mühlenbruch, altri di cessione *limitata*, come il Dernburg, ed infine l'Helwig accenna ad una cessione *cooptativa*, espressione che ha la sua base nel diritto pubblico romano, in virtù della quale il debitore potrebbe cedere ad un'altra persona il diritto di esigere il credito. Senonchè questo modo di vedere non risponde alla storia del pegno su crediti: quando questo fu stabilito, non era ancora sorta la dottrina della cessione, e lo dimostra l'*actio utilis* che si accorda al creditore pignoratizio, la quale si venne svolgendo a seconda dei bisogni pratici.

Certo il creditore pignoratizio acquista un diritto di pegno vero e proprio sul credito, in modo da poterlo far valere di fronte a qualunque persona, sempre che abbia notificato il suo diritto al debitore. Non occorrono dunque spiegazioni sottili per potere ammettere senza difficoltà un pegno su cose incorporali; nè vale dire che in definitivo esso si riduca ad un pegno di cosa corporale; perchè questo è solo nell'ultimo stadio: vuol dire che ci troviamo di fronte ad un istituto di carattere speciale.

§ III.

Un'ultima figura è il pegno sopra pegno (*subpignus*), figura che i romani esprimono con la formola *pignus pignori dare*. Vediamo qualche passo. La L. 1 Cod. *si pignus pign.* VIII. 23: « Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, iamdudum placuit, scilicet ut seguenti creditori utilis actio detur, tandiuque eum sit, qui ius repraesentat, tueatur, quandiu in causa pignoris manet eius, qui dedit. » Già da gran tempo fu ammesso che anche ció che è vincolato a pegno si possa obbligare dal creditore a pegno, nel senso che al secondo creditore si conceda un'azione utile, e si tuteli colui che l'ha concessa. Dunque il pegno che è stato costituito da *Primus*, ad esempio, e che serve di garanzia a *Secundus*, può essere costituito da questo anche a favore di *Tertius*. Solo è da osservare che questo suppegno non cade sulla cosa ma sul diritto e che in tanto lo si può esplicare, in quanto il primo sussiste, e però vien meno, quando il primo debitore abbia soddisfatto il suo debito.

Se invece *Secundus* sia stato soddisfatto, *Tertius* può esercitare il diritto di vendere, ove il debito di *Secundus* sia anch' esso scaduto: è necessario dunque che i due debiti siano scaduti, perchè il creditore che ha ricevuto un pegno in pegno, possa vendere la cosa.

Inoltre il creditore, con suppegno non può pagarsi sulla somma ricavata dalla vendita se non per quello che risponde al credito del primo debitore che vincolò la cosa a pegno, se *Primus* ha dato un pegno per cinque a *Secundus*, e questi lo ha dato sua volta per dieci, e la cosa vale quindici, a mo' d'esempio, *Tertius* non potrà ritenere che solo cinque, perchè il pegno è a carico di *Primus*, che non vincolò la cosa che per cinque.

L. 13 § 2 D. *de pign. et hypot.*: « Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio

utilis ei danda est. Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, num quid creditori, numorum solutorum nomine, utilis actio danda sit, an non quid enim si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum, si vero corpus is debuerit et solverit pignoris loco futurum apud secundum creditorem. » Poichè fu ammesso che si può ricevere a pegno una cosa già pegnorata, entro i limiti della somma il pegno è tenuto al secondo creditore, e a lui si deve dare tanto un'eccezione, quanto un' utile azione. Che se il proprietario paghi il danaro, il pegno verrà meno. Ma, si può dubitare se si debba dare o no al creditore un'azione utile per il danaro pagato: che dire in questo caso?

Il giureconsulto dice: è vero che, soddisfatto il debito di *Primus*, il pegno vien meno; ma *Tertius* ha almeno un'azione utile contro *Secundus* per i danari che questi ha avuto dal debitore? Nel passo si fanno due ipotesi: se colui, in nome del quale fu dato il pegno, deve una somma di danaro, esatta questa dal debitore pignoratizio, il creditore la imputerà nel suo credito; se invece deve una cosa certa e determinata, questa sarà ritenuta a titolo di pegno.

In buona sostanza questo diritto di pegno conduce a questo, che, laddove il debitore pignoratizio sia soddisfatto prima della scadenza del debito, che egli ha verso il creditore, questi ha diritto o ad avere il danaro ricavato ovvero, se oggetto della prestazione è una cosa diversa da una somma di danaro, a ritenere la cosa a titolo di pegno.

Ma non si può dire che nel pegno di un pegno sia da imputare anche il credito che il pegno garantisce? Il Dernburg ritiene che il creditore abbia una garantia pignoratizia anche sul credito garantito dal pegno, e che quindi possa far valere anche l'azione personale che spetta al creditore pignoratizio. Ma la conseguenza è arrischiata, perchè secondo le fonti non spetta che l'azione derivante dal pegno. Certo se il debitore paga, il diritto del creditore pignoratizio si riversa sulla cosa, sull' og-

getto del credito; ma ciò in forza dell'azione di pegno non già in base all'azione personale.

Pluralità dei diritti di pegno

§ I.

Più creditori pignoratizii possono trovarsi di fronte alla cosa in rapporti diversi: non offre difficoltà il caso in cui questi diritti cadono su parti materialmente separate, distinte, della stessa cosa: per esempio, si può concedere nello stesso tenimento un dritto di pegno sul terreno seminatorio ed un altro sulla vigna. Non offre neppure difficoltà il caso in cui ad un creditore pignoratizio sia data in pegno una quota di una cosa e ad un altro un'altra quota o il rimanente. In tutti questi casi noi abbiamo oggetti di pegno distinti o distinguibili.

Ma, supponiamo che il diritto di ogni creditore pignoratizio gravi su tutta la cosa. Si possono verificare due ipotesi: o questi più diritti di pegno derivano dallo stesso autore, o derivano da autori diversi.

Esaminiamo innanzi tutto la seconda delle ipotesi, che è la meno importante. Due creditori pignoratizii hanno ognuno il suo diritto di pegno da differente persone: l'uno ha ricevuto quel diritto dal proprietario della cosa, l'altro dal *bonae fidei possessor*. La condizione giuridica dei due creditori pignoratizii sarà di fronte al diritto di pegno uguale a quella dei loro autori: primeggia quello che deriva il suo diritto da un titolo poziore: sarà nella specie prevalente il diritto di pegno costituito dal proprietario della cosa.

Ma, nel caso accennato di costituzione di diritto di pegno da parte del proprietario e del *bonae fidei possessor*, può verificarsi che prevalga il titolo di quest'ultimo: quando il *bonae fidei possessor* abbia la cosa *mancipi* per via di semplice *traditio* del proprietario, il diritto del proprietario medesimo che vorrà rivendicare la cosa sarà respinto con l'*exceptio rei venditae et traditae* che compete al *bonae fidei possessor*.

Ma, se una ragione distrugge questo caso cosi semplice, la decisione è diversa: se uno dei due possegga indipendentemente dalla poziorità del titolo, prevale il suo diritto.

L. 14 D. *qui pot. in pign.*: « Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. » Se il non proprietario ha dato in pegno in epoche diverse a due la stessa cosa, prevale colui che è primo in ragione di tempo, sebbene, quando noi riceviamo il pegno da autori diversi, il possesso abbia titolo di prevalenza.

§ II.

Ma, esaminiamo la ipotesi più importante, la prima a cui abbiamo accennato.

Se non si possa stabilire con certezza il momento della costituzione dei diversi pegni, tutti i creditori pignoratizii hanno un eguale diritto di pegno sulla cosa: se invece si possa determinare il tempo in cui i singoli diritti di pegno vennero costituiti, vale il principio *prior tempore potior iure.*

A favore di Primo e di Secondo sono stati costituiti nello stesso giorno due diritti di pegno: non si conosce il momento preciso della costituzione dei singoli diritti. Tutti e due debbono essere posti nella stessa condizione giuridica di eguaglianza: a tal riguardo è importante la L: 10 D. *de pign. et hypoth.*; « Si debitor res suas duobus simul pignoris obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur, inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti haec exceptio, *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.* Si autem id actum fuerit, ut partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos, et adversus extraneos per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli. »

Se il debitore nello stesso tempo abbia obbligato a pegno le sue cose a due persone, in modo da essere vincolate in so-

lido all'una ed all'altra, ciascuno si varrà in solido di fronte ai terzi dell'azione Serviana; se poi fra loro stessi si muove questione, prevale la condizione giuridica di chi possiede (*in pari causa melior est conditio possidentis*) e si accorda al possessore un'eccezione. Se poi l'interesse dei diversi contraenti è stato che la cosa fosse obbligata a pegno per parte, competerà un'utile azione e fra di loro e contro i terzi, per la quale ciascuno abbia il possesso della metà.

§ III.

Abbiamo detto che nel caso di più creditori di un diritto solidale ciascuno possa sperimentare le proprie ragioni indipendentemente dall'altra. Questo di fronte al possesso: che diremo se si debba venire alla vendita?

Primo, Secondo e Terzo hanno ugual diritto di pegno sulla cosa. Primo è possessore: non soddisfatto alla scadenza, vende la cosa e si paga: resta un residuo.

Andrà a beneficio degli altri due creditori il solo residuo o si dovrà dividere fra tutti il ricavo della vendita? Il diritto romano ammette che il possessore il quale vende la cosa a lui pignorata, si paghi, e lasci il residuo agli altri creditori pignoratizii: questi sono nell'identica condizione giuridica dei creditori posteriori. Se tutti insieme quest' ultimi agiscono contemporaneamente si varranno delle loro ragioni in proporzione del superfluo; se invece ognuno agisce per conto suo e non nello stesso tempo, il più diligente profitta, e chi resta è considerato come un creditore posteriore a lui.

§ IV.

Quando noi poniamo indiscussa la massima *prior tempore potior iure*, non determiniamo precisamente l'ordine dei varii creditori pignoratizii. A qual momento si guarda per determinare quest'ordine? Forse a quello in cui il diritto di pegno è sorto? Non si pone mente a questo momento: nella maggior

parte dei casi il creditore pignoratizio fa datare il suo diritto di pegno dal momento dell'atto costitutivo e non da quello in cui sorge il diritto di pegno. Noi abbiamo innanzi accennato ai due casi di costituzione di diritto di pegno sulle cose future o sulle cose altrui o su cose future che non sono ancora *in bonis.*

Si domanda, per esempio: nel caso di ipoteca generale su tutto il nostro patrimonio e d'ipoteca speciale su di una cosa determinata che sarà nel nostro patrimonio, questi due diritti di pegno dateranno dal momento in cui si è fatto l'atto costitutivo, o concorreranno solo perchè il diritto di pegno sorge, contemporaneamente per tutti e due nel momento stesso in cui la cosa è entrata nel patrimonio nostro?

Nelle fonti si hanno due soluzioni che sembrano contrarie.

L. 7 Cod. *qui pot. in pign.* VIII. 17.: « Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri, iuris auctoritate declaratur. » Sebbene costituiti gli stessi pegni a molti creditori in epoche diverse si reputi prevalente il diritto di quello, a cui favore fu fatta prima la costituzione, tuttavia colui col danaro del quale si prova che fu comprato il fondo, poichè specialmente fu convenuto che il fondo fosse stato dato a lui in pegno, si dichiara che per autorità della legge debba essere preferito a tutti.

Qui si pone il principio che, costituiti diritti di pegni in tempi diversi e a favore di persone diverse, il pegno si regola in ragione del tempo: ma se entri nel patrimonio una cosa nuova quale sarà la sorte di questo pegno? Prevarrà colui col danaro del quale il fondo è stato comprato, appunto perchè vi è per lui un'ipoteca privilegiata; ma tolto il caso eccezionale, anche nel caso di nuovi acquisti resta sempre fermo il principio *prior tempore potior iure.* Secondo il passo del Codice non vi può essere dubbio che quando si tratta di ipoteche su cose che non siano ancora *in bonis,* la data che determina la prevalenza è quella del titolo costitutivo.

L. 7 §. 1 D. *qui pot. in pign.*: « Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius acquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo mumos debitor dederit, quippe quum res ex numis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata est. « Se a te avrò obbligato a pegno tutte le cose che saranno nel mio patrimonio ad a Tizio specialmente un fondo, se pervenga nel mio dominio e tosto che sarà pervenuto, Marcello reputa che i due creditori concorrono nel diritto di pegno. Nè alcuna importanza ha il fatto che il debitore abbia pagato col suo danaro, perocchè se una cosa è comprata con denari pignorati, non è soggetta a pegno pel solo fatto che i denari erano pignorati.

Qui il passo accenna proprio ad un'ipoteca generale su tutto il patrimonio e ad un' ipoteca costituita su di un fondo solo pel caso che entrerà nel patrimonio. Prevale il diritto di pegno di colui che aveva un' ipoteca generale o concorreranno tutti e due? Qui non solo vi è contemporaneità nel sorgere dei diritti di pegno, ma anche nella loro costituzione: ed è per questo che il giureconsulto giunge alla conclusione che i due creditori concorrono; in caso contrario, la sua affermazione non si spiegherebbe.

Questa conciliazione toglie di mezzo ogni divergenza con la legge del Codice innanzi esaminata.

§ V.

Quando si tratti di pegni testamentarii, il pegno prende data dal giorno in cui l'erede abbia accettata l'eredità.

Quanto ai pegni fondati su sentenza del giudice bisogna distinguere: se si tratta di pegni costituiti nei giudizii divisorii per sentenza di aggiudicazione, la data sarà quella della sentenza, se poi si tratta di *pignus in causa iudicati captum*, la data sarà quella del giorno in cui il giudice ha dato l'ordine di *capere pignus*. Per pegni legali sorge il diritto dal momento

in cui il pegno ha la sua causa: quindi, per il locatore di fondi urbani, al momento della introduzione dei mobili nel fondo e per quello dei fondi rustici, quando i frutti acquistano un' esistenza a sè. Se si tratta di pegno sui lucri dotali, il pegno, per disposizione speciale, ha data dal momento in cui il genitore ha lucrato. Se di pegno sulla dote, la data sarà quella del matrimonio.

Il principio *prior tempore potior iure*, determinato più particolarmente, soffre una eccezione per una speciale disposizione dell'imperatore Leone, il quale stabilì che l' ipoteca costituita verbalmente o per semplice scrittura privata dovesse cedere il fronte a quella costituita per atto pubblico, quando non si provasse la efficacia di quel pegno per via di testimoni degni di fede (*pignus quasi publicum*).

§ VI.

Queste le norme generali determinatrici della poziorità; ma di fronte a questa serie di norme, vi sono ipoteche o pegni privilegiati appartenenti alla categoria dei pegni legali sui quali ci siamo fermati innanzi.

Essi sono: 1°) privilegio del fisco per debiti d' imposta; 2°) privilegio di chi ha versato danaro per restauri od acquisti a vantaggio del debitore (*versio in rem*); 3°) privilegio dotale.

Sul secondo posto si disputa se debba darsi al privilegio dotale o a quello derivante da *versio in rem*: l'opinione prevalente è che quest' ultimo prevalga sull'altro. Allo stesso livello della *versio in rem* è l' ipoteca del fisco per crediti derivanti da contratti.

Fra più ipoteche privilegiate l' ordine è quello del tempo, salvo per quella derivante da *versio in rem*: anzi secondo alcuni deve seguirsi per questa il rapporto inverso: se, si dice, mi trovo di fronte a quattro creditori che hanno dato danaro per salvare una cosa, ed io stesso sono stato l'ultimo a salvarla, s' intende che l' ho salvata di fronte a tutti.

Ma questo è vero solo quando si tratta di somma che effet-

tivamente ha aumentato il patrimonio del debitore: si guarda all'aumento di valore è non allo scopo.

§ VII.

Quale è la posizione giuridica del primo creditore di fronte ai posteriori? Il primo ha diritto di avere il possesso a preferenza di qualunque altro, di vendere indipendentemente da qualsiasi considerazione. Solo, quando egli abbia esercitato il suo diritto di vendita, torna a disposizione dei creditori posteriori il superfluo.

Qual' è la posizione giuridica dei creditori ipotecarii posteriori? Due opinioni tengono il campo. Secondo alcuni il creditore pignoratizio posteriore non ha che un diritto condizionale, limitato all' esito che avrà l' esercizio del diritto per parte del creditore pignoratizio anteriore. Secondo altri invece, il diritto del creditore posteriore è un diritto attuale, concreto, che si esplica immediatamente di fronte a tutti, e sotto certi riguardi anche di fronte al creditore pignoratizio anteriore.

Per determinare il significato delle varie facoltà attribuite al creditore pignoratizio posteriore, occorre studiare i varii passi delle fonti, anche in certi particolari, che possono dare luce per la soluzione della questione.

L. 15 § 2 D. *de pign. et hypoth.*: « Qui res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant praedicere solent, alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori, hypothecaeve id, quod pluris est, aut in solidum, cum primo debito liberata res fuerit. De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo, quod excedit, ut sit hypothecae. Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata. An adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus.» Coloro i quali abbiano già obbligato a pegno le cose proprie, e le vincolano ad un altro creditore; per sfuggire il pericolo, cui

sogliono andare incontro coloro che obbligano più di una volta le cose proprie a favore di altri, sogliono avvertire che la cosa non è vincolata a pegno, fuorchè, per avventura, a favore di L. Tizio, a modo che la cosa resti vincolata per ciò che eccede della prima obbligazione, che sia così tenuto a pegno od ipoteca il superfluo, e non piuttosto tutta la cosa, quando sarà liberata del primo debito. Intorno alla qual cosa occorre ponderare se questo sia vero nel caso in cui vi sia una particolare convenzione oppure anche quando sia convenuto semplicemente che resti vincolato il superfluo; e si ritiene che tutta la cosa sia soggetta a questa convenzione pignoratizia, quanto dal primo creditore sia liberata. O solamente una parte? Ma è da preferirsi l'opinione suesposta.

Il giureconsulto, come si vede, ci conduce attraverso ad una serie di dubbi relativi al caso in cui si sia vincolata a pegno per la seconda volta la stessa cosa ed alle conseguenze che ne derivano. Gaio, del quale è il frammento, allude al reato di stellionato, cui potrebbe andar soggetto colui, che in mala fede vincolasse a pegno la cosa già vincolata ad altri.. A sfuggire questo pericolo, egli dice, occorre inserire questa clausola, che al secondo creditore apparterrà la garanzia su quanto resta, pagato il primo. Quindi l'oggetto del pegno che appartiene al secondo creditore è in certa guisa diverso, cadendo esso pegno su di una porzione di valore diversa da quella rispondente al primo credito. Talchè, in questa ipotesi, si dovrebbe dire che il secondo creditore non ha alcun diritto sulla parte riservata al primo creditore; e però, soddisfatto questo, il secondo creditore non avrebbe alcun diritto su quella parte.

Certamente si può stabilire dalle parti che solo ciò che eccede quello che è dovuto al primo creditore sia vincolato a favore del secondo; se la cosa è vincolata ad esempio a favore di *Primus* per cento, e vale centocinquanta, può stabilirsi che solo cinquanta siano vincolati a favore di *Secundus*. (1) Ma,

(1) Questo poi ha molta importanza in quelle legislazioni che ammettono che si possa iscrivere un' ipoteca a favore del proprietario, a modo che

se non vi è questo patto speciale, dice il giureconsulto, per cui il diritto del secondo creditore è limitato al superfluo, deve ritenersi soggetta tutta la cosa al vincolo pignoratizio; talchè il secondo creditore, è vero che in prima linea è garantito dal superfluo, ma eventualmente ha una garanzia anche sul tutto. Scomparso l'ostacolo che gli viene dal primo creditore, il diritto suo si estende di tanto, di quanto si estende il valore della cosa.

Pare quindi che originariamente il diritto del secondo creditore si limitasse al superfluo, e che in seguito abbia avuto un carattere eventuale.

L. 12 pr. D. *qui potiores in pign. etc.*: « Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alias vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est: si non mihi ante pignori hypotecaeve nomine sit res obligata, sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excepit: si non conveuit ut sibi res sit obligata, hic in modum supra relatum replicabit; sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo, auferat ei rem. »

È bene spiegare questo passo, nel quale sono nottamente determinati i rapporti fra il primo e il secondo creditore. Il caso è il seguente: una stessa cosa è vincolata a favore di *Primus* e di *Secundus*: se quest'ultimo intenta l'azione ipotecaria contro *Primus*, a *Primus*, che possiede, competerà un'eccezione in virtù della quale l'attore potrà essere condannato, sempre che non provi che la cosa fu vincolata prima a favore suo.

Viceversa, supponiamo che *Secundus* possegga e che *Primus* agisca con l'azione ipotecaria: *Secundus* eccepirà che la cosa è stata vincolata prima a lui, e l'attore a sua volta replicherà con la stessa eccezione. Così dei due creditori pignoratizi,

---

questi possa cederla a qualunque persona; e così costituire un tititolo girabile, anche non essendo al portatore. Questa forma ha grande applicazione nel debito fondiario; perchè è il fondo che deve quella data somma di danaro, e non esiste obbligazione personale di sorta. Ma ciò è inammissibile nel diritto romano.

posti di fronte, il creditore anteriore vincerà sul creditore posteriore. Il creditore pignoratizio posteriore, agendo contro un terzo, vince sì, ha diritto di farsi aggiudicare l'ipoteca contro qualunque persona, ma, anche dopo quest'aggiudicazione, resta sempre salva l'azione al primo creditore. Il rapporto fra i due creditori è evidente: l'azione ipotecaria del secondo creditore si spunta di fronte all'eccezione del primo.

§ 5 *h. l.*: « Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea, novatione facta, eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere. Sed si secundus non offerat pecuniam posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat. » Papiniano risponde: se il primo creditore, in seguito alla novazione, ha ricevuto gli stessi pegni vincolati ad altri, succederà nel luogo proprio. Ma, se dal secondo non è fatta offerta del danaro, il primo creditore potrà vendere in modo da poter porre a suo vantaggio solo il superfluo del credito anteriore e questo restituire al secondo creditore.

In questo passo si riconosce nel secondo creditore di fronte al primo, il diritto di avere il superfluo, e il diritto quindi di intentare l'azione ipotecaria per ottenerlo. Ma oltre di questo, il creditore posteriore ha anche lo *ius offerendi*, può col pagare capitale, interessi ed altri accessori, subentrare nel posto del creditore anteriore.

§ 9 *h. l.*: « Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus libro undecimo Responsorum scripsit. Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet; nisi ut solvat priori, et loco eius succedat. »

Se il terzo creditore permette che il pegno sia venduto allo scopo che, pagato il danaro al primo creditore, egli possa succedere a un altro pegno di lui, Papiniano ritiene che potrà succedere. Ed infatti nessun altro diritto compete al creditore posteriore, fuorchè quello di pagare il creditore anteriore ed occuparne il posto. Talchè guardando al modo energico col quale

si esprime il passo, dovrà dirsi che il creditore pignoratizio posteriore ha solo lo *ius offerendi*, null'altro (*omnino*). Ci troviamo di fronte ad una negativa qualificata.

Un passo già esaminato è la L. 9 § 3 *h. t.* (1), del quale interessa l'espressione *pignus Maevii convalescere possit*, espressione caratteristica, che si trova in altri passi, e che attesta come originariamente il diritto del secondo creditore avesse un carattere condizionale, avesse efficacia solo quando fosse tolto di mezzo il credito anteriore.

E veniamo al Codice.

L. 8 Cod. *qui pot. in pig.* VIII. 17.: « Diversis temporibus eadem re duobus iure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti iuris est nec alias secundum distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas. » Vincolata la stessa cosa in epoche diverse a due creditori a titolo di pegno, deve ritenersi poziore colui che ricevette pel primo il pegno, per aver dato il danaro a mutuo, e che il secondo creditore non abbia altrimenti potestà di vendere, se il primo non sia stato soddisfatto.

E nella L. 1 D. *de distrac. pign.* XX. 5: « Creditor, qui praedia pignori accepit, et, post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum ob alium, aut eundem contractum interposuit, ante secundum creditorem dimissum, nullo iure caetera bona titulo pignoris vendidit. » Un creditore, che ha ricevuto dei fondi a pegno dopo un altro creditore, il quale ha fatto convenzione di pegno riguardo ai beni del creditore, e che ha interposto egli stesso un uguale patto per un altro, ovvero per lo stesso contratto, se prima che il secondo creditore sia stato pagato, vende i rimanenti beni, a titolo di pegno, vende *nullo iure*, senza alcun diritto.

I passi del Codice e del Digesto dimostrano che il secondo creditore non ha lo *ius vendendi*, in quanto può ledere il di-

(1) Pag. 226.

ritto del primo creditore; onde se questo è stato soddisfatto o non vi si oppone, la vendita fatta dal secondo creditore, di fronte al debitore ed ai terzi, è perfettamente valida.

In definitivo ci troviamo di fronte a passi che riconoscono nel secondo creditore il diritto di far valere tutti i rimedii giuridici, i quali non ledono il diritto del primo creditore: di fronte al primo creditore egli ha un diritto assoluto ed è quello di avere il superfluo, ma egli può ancora esercitare verso di lui lo *ius offerendi*, proporre inoltre l'azione ipotecaria e sperimentare, infine, lo *ius vendendi*, in quanto non lede il diritto poziore del primo creditore. Racchiusa in questi limiti la posizione giuridica del secondo creditore, può ritenersi, di fronte ai passi delle nostre fonti, che il diritto del creditore posteriore, che ha avuto un carattere condizionale nel diritto classico, sorto come abbiamo visto, in relazione al superfluo, si sia affermato nel diritto giustinianeo, e sia divenuto un diritto perfetto ed attuale.

Modi di estinzione del diritto di pegno.

§ I.

Il diritto di pegno si estingue o per modi comuni a tutti i diritti reali in genere o per modi che sono affatto speciali ad esso.

I. *Modi speciali.* Due sono i modi speciali con cui si estingue il pegno, la estinzione del credito e la vendita del pegno medesimo.

a) Pel principio che il pegno è un accessorio che non sussiste senza il credito, che esso garantisce, il dritto di pegno deve venir meno ogni qual volta il credito scompare. La formola della azione ipotecaria parrebbe limitata solo a certe forme di estinzione, (pagamento o qualunque altro soddisfacimento del credito), ad un modo di estinzione cioè nel quale intervenga il consenso, la volontà del debitore. Ma la estinzione del diritto di

pegno ha luogo anche per la estinzione, in qualunque modo si avveri, del diritto di credito.

Nella L. 6 D. *quibus modis pign. etc.* XX. 6, si dice: Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est. »

Il pegno vien liberato, sia che il debito sia estinto per pagamento, sia che in qualunque modo sia soddisfatto; e bisogna dire lo stesso per qualunque ragione l' obligazione sia venuta meno.

Qui si comprendono tutti i modi di estinzione dell'obbligazione pignoratizia. Ma, secondo alcuni, il passo si dovrebbe intendere così: esso si riferisce all'obbligazione pignoratizia e non a quella garantita dal pegno e vorrebbe dire che, qualunque sia la causa d'estinzione, viene sempre meno l' azione ipotecaria. Ma, in questo modo si verrebbe a far dire al giureconsulto che il pegno è liberato, per qualunque ragione esso sia estinto; cioè l'*idem* per *idem*.

Viene meno il pegno quando l'obbligazione venga distrutta, a modo che non ne resti neppure l'elemento naturale. L'abbiamo visto espresso nella L. 61 D. *ad senat. Trebell.*; anzi dal modo come si esprime il giureconsulto, pare che si fosse rimasto l'elemento naturale, appunto per far rimanere in piedi il diritto di pegno.

L. 14 § 1 D. *de pign. et hypoth.*: « Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat. » In tutti quei casi in cui l'obbligazione naturale consiste, continua a restare il diritto di pegno.

b) Altro modo di estinzione è la vendita del pegno: con essa si estingue il diritto di tutti i creditori; resta come abbiamo visto, solo il diritto al superfluo, nient'altro. La vendita del pegno toglie di mezzo tutti i vincoli pignoratizii, e fa sì che, libera da qualunque vincolo, la cosa passi nel compratore.

§ II.

II. *Modi comuni*. Esaminiamo ora i modi di estinzione che il pegno ha comuni con gli altri diritti in genere.

a) *Rinunzia*: in generale vale il principio che a ciascuno sia lecito rinunziare al diritto che gli compete: quindi anche la rinunzia al diritto di pegno è valida. Se il creditore ritiene di non aver bisogno di quella determinata garanzia, non vi è ragione per cui la legge possa interdirgli la sua facoltà di rinunziare.

Ma il diritto romano ci presenta una parvenza di limitazione della volontà del creditore, perchè non basta la sua volontà per distruggere il diritto di pegno, ma bisogna che intervenga l' accettazione da parte del debitore.

Della L. 2 Cod. de remiss. pign. VIII. 25, è necessario a tal riguardo ricordare le ultime parole. « . . . . Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et resolvitur. » Il vincolo pignoratizio si scioglie e si stabilisce col consenso di tutte e due le parti.

Qual' è la ragione di questa particolarità?

Bisogna a tal riguardo ricordare che noi troviamo un'identica particolarità nel diritto di obbligazioni: non si può rinunziare ad un diritto di credito senza l'accettazione del debitore: è questo un principio del diritto romano che la maggioranza degli scrittori vuol ritenere anche per diritto moderno.

Per diritto romano, adunque, come non si può ritenere mai che un diritto di credito sorga per atto unilaterale, così è pure necessario il *mutuus dissensus*, che distrugge dalla sua radice l' atto costitutivo del diritto di credito.

Un modo solenne di rimessione è l' *acceptilatio*: ma qui è il debitore che prende l' iniziativa. Vi è inoltre il *pactum de non petendo*, il quale non ha altra mira che quella di ostacolare l' azione del creditore senza però distruggere l'obbligazione.

Abbiamo innanzi detto, per spiegarci come per rinunziare al diritto di pegno fosse necessaria l'accettazione del debitore,

che questa particolarità era comune anche al diritto di obbligazione; ma, ammesso pur questo, resta sempre a spiegarsi perchè un diritto di obbligazione non può essere distrutto se manca il concorso delle due volontà.

La spiegazione è difficile: l'unica, data dagli scrittori, è questa che trattandosi qui di un vincolo che lega due persone, esso non può sciogliersi che mediante la loro medesima volontà; ma, non si sa vedere per qual ragione il creditore non possa rinunziare al suo diritto.

La ragione dev'essere storica: la dichiarazione unilaterale, perchè avesse efficacia tra vivi, doveva essere rivestita di certe forme solenni: essa produceva effetti obbligatorii solo in casi rarissimi: e così pure, la rinunzia agli atti unilaterali non valeva se non in pochissimi casi ammessi tassativamente (*pollicitationes* a favore di comuni, voti a favore di istituzioni religiose).

Posto che essa sia un modo di distruggere un vincolo pignoratizio, occorre appena accennare che essa può essere espressa o tacita, e che quest' ultima si desume da quegli atti che importano necessariamente la volontà di distruggere il vincolo pignoratizio.

Peró vi sono casi in cui il diritto romano è andato più oltre: si è ammesso che vi era la volontà di rinunziare quando il fatto posto in essere dal creditore, fosse equivoco, sebbene tendente all'intenzione di rinunziare.

Come si ritiene che si voglia rinunziare ad un diritto di obbligazione quando si restituisce al debitore il titolo costitutivo dell' obbligazione medesima, così pure si presume che il costituente il diritto di pegno rinunzi al suo diritto, quando restituisca la scrittura di costituzione del pegno medesimo.

Vi ha pure rinunzia quando il creditore restituisce senza altro al debitore la cosa che forma oggetto del pegno; ed anche quando il creditore dia il suo assenso all'alienazione della cosa data in pegno. Per sè stessa l'alienazione non dovrebbe condurre alla rinunzia; ma, il dritto romano così ha ritenuto.

Si ha pure un altro caso di tacita rinunzia, quando il cre-

ditore o i creditori pignoratizii si siano mantenuti in silenzio, di fronte ad un pubblico avviso in cui o il debitore o il possessore della cosa data in pegno avverte tutti i creditori che intende svincolare la cosa da ogni peso e invita i creditori a ritirare la somma che costituiva il loro credito. E questo è affermato nella L. 6 Cod. *de remiss. pign.* VIII. 25: « Si eo tempore quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, quum praesentes essent, ius suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignori amisisse. »

Se nel tempo in cui il fondo si vendeva, i creditori furono avvertiti con pubblico avviso, e non fecero valere i loro diritti, si ritiene che essi abbiano voluto rinunziare al diritto di pegno.

In questo istituto è il primo germe del procedimento di purgazione: quando il terzo possessore vuole liberare l'immobile da lui posseduto da tutti i vincoli ipotecarii, istituisce il giudizio di purgazione, nel quale i creditori debbono presentarsi sotto pena di perdere il loro diritto, e il fondo così viene purgato.

Altro caso di rinunzia si ha quando la vendita sia stata fatta dal fisco anche senza pubblico avviso: qui noi ci troviamo di fronte ad una disposizione, la quale non può essere giustificata che da ragioni di amministrazione.

§ III.

b) *Distruzione della cosa data in pegno.* E' questo uno degli altri modi comuni di estinzione del diritto di pegno.

L. 8 D. *quib. mod., etc.* XX. 6: « Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit. »

Tanto nel caso che oggetto del pegno sia una cosa incorporale quanto nell'altro che sia un diritto di usufrutto, estinta la cosa o il diritto si estingue il pegno o l'ipoteca.

Ma, occorre assolutamente il perimento della cosa: non basta che vi sia un mutamento di destinazione, come per l'estinzione del diritto di usufrutto.

Imaginiamo che la cosa data in pegno sia trasformata in una cosa nuova: si avrebbe una specificazione. Di fronte alla

nova species sussisterebbe il diritto di pegno? Bisogna distinguere: se la specie nuova può essere ricondotta allo stato primitivo, il diritto di pegno continua a sussistere: nel caso opposto il diritto di pegno è estinto. Ma, se il diritto di pegno non vien meno fino a quando la cosa esiste, esso perdurerà anche su quanto resta della cosa.

Tenendo mente al concetto del pegno, può sembrare che questo principio del diritto romano non sia esatto: se il pegno mira al valore della cosa, nella specificazione il valore non perisce. Ma, giuridicamente la cosa non è la stessa, e d'altro canto essa è stata acquistata in conformità di un titolo indipendente da quello del possesso del creditore pignoratizio.

A tal riguardo occorre ricordare una disposizione del diritto nostro, che cioè, resta sempre il vincolo ipotecario o pignoratizio finchè esiste la cosa o quando vi sia una somma che rappresenti la cosa estinta.

Il diritto di pegno vien meno non solo quando la cosa è perita, ma anche quando è sottratta al commercio.

§ IV.

c) *Confusione.* Ha luogo quando nella stessa persona si riuniscono le qualità di creditore pignoratizio e di proprietario della cosa. Si capisce come in questa ipotesi debba venir meno il diritto di pegno per due ragioni: una formale, un' altra sostanziale. La ragione formale, in quanto non può aversi un diritto di pegno su cosa propria; la ragione sostanziale, in quanto non è possibile garantire una cosa propria. E' *a priori* impossibile immaginare una garanzia di questo genere, salvo in casi rarissimi. Suppongasi, infatti, che il creditore pignoratizio abbia ricevuto in pagamento la cosa a lui data in pegno: egli è diventato proprietario della cosa. Dato il principio generale, il pegno dovrebbe venir meno; ma, se nel momento in cui la *datio in solutum* ha avuto luogo esistevano i creditori posteriori, si può dire che costoro vengono ad acquistare il posto del primo creditore pignoratizio? No: qui viene in soccorso un principio

di equità: il creditore in tal caso avrà la stessa posizione giuridica, come se il pegno non avesse avuto luogo.

All'uopo è importante notare una decisione della Cassazione di Roma: un creditore ipotecario in primo grado aveva creduto di farsi cedere in pagamento lo stabile che gli era stato dato in ipoteca. Scorso un lungo numero di anni da che egli era nel possesso del fondo i creditori posteriori intentarono la subasta. Egli sosteneva che il suo dritto di pegno doveva essere rispettato e collocato in primo grado; gli altri alla lor volta rispondevano che egli non aveva questo diritto perchè non aveva rinnovato il titolo dopo i ventinove anni, e quindi la ipoteca aveva perduto tutta la sua efficacia. A sua volta il primo diceva: io non potevo rinnovare un' ipoteca che non esisteva: il tempo intermedio fra la *datio in solutum* e la subasta non dev' essere calcolato, deve aver luogo una sospensione a favor mio.

Ma fu giustamente risposto che la ipoteca sussisteva ancora come eventuale, e quindi se il creditore voleva mantenere il suo diritto, doveva rinnovare la ipoteca nel termine di legge.

§ V.

d) *Prescrizione*. Essa può riferirsi o all'azione personale, garantita dal diritto di pegno, o al diritto di pegno per sè stesso.

Se il diritto garantito è venuto meno per prescrizione, di fronte alla logica giuridica si dovrebbe dire che viene meno anche il diritto di pegno; tuttavia il diritto romano non ammetteva che la prescrizione dell'uno, facesse cadere anche l'altro. Si prescriveva il diritto di pegno in quarant' anni, laddove il diritto di credito si prescriveva in trent'anni: questo di fronte al costituente.

Nei rapporti con i terzi, bastava che si fosse lasciato trascorrere il tempo per esercitare l'azione ipotecaria? No, occorreva l'*usucapio libertatis*, occorreva qualche cosa di attivo per parte del possessore del pegno: il creditore pignoratizio doveva in buona fede possedere la cosa come libera da pegno.

ERRATA-CORRIGE DELLE LEGGI

PAG.	ERRATA	CORRIGE
11	L. 1 § 1 D. de obl. et act. XLIV. 7	L. 3
92	L. 27 D. de fideiuss. et mandat. XLVI. 1.	L. 47
105	L. 6 § 3. » »	L. 16 § 3
117	L. 19 D. de dolo malo IV. 6	L. 19 IV. 3
118	L. 22 § 5 D. de usuris	L. 32 § 5
127	L. 8 § 8 D. de fideiuss. et mandat.	L. 8 § 7
160	L. 27 D. mandat. vel cont.	L. 29
203	L. 3 § 2 D. qui pot. in pig. XV. 4	L. 3 § 2. XX. 4
205	L. 26 § 3 D. de pign. et hypoth.	L. 26 § 1
206	L. 1 § D. de rebus eor. XXVII. 9	L. 1 § 4
210	L. 21 D. de pign. et hypoth. XX. 7	L. 21. XX. 1
212	L. 23 D. » »	L. 24
221	L. 15 § 7.	L. 16 § 7
232	L. 25 D. de pign. act.	L. 26
234	L. 7 D. in quibus causis	L. 8 Cod.
251	L. 8 § 2 D. de acq. vel amit. poss.	L. 3 § 23
270	L. 7 D. de stip. praet. XLVII, 5	XLVII. 1
274	L. 31 D. de usu et usuf. XXVIII. 1	L. 31. XXXIII. 2
279	L. 29 § 4 D. de pign. et hypoth.	L. 29 § 2
290	L. 13 » »	L. 13 § 2
307	L. 9 » »	L. 9 D. de pign. act.
315	L. 37 D. de acq. vel amitt poss. XLI 1.	XLI. 2

INDICE DELLE FONTI CITATE

Corpus iuris

A) Istituzioni

B) Digesto

C) Codice

Istituzioni di Gaio

INDICE